Rechtsgutachten zum Thema

„Datenschutzrechtliche Bewertung der Melde- und Kontrollpflichten im Rahmen von Anti-Dopingprogrammen, die die von SP.IN vertretenen Athleten betreffen“

erstattet von

Prof. Dr. Peter Wedde

Eppstein/Ts., 5. September 2011

Hinweis

Dieses Gutachten ist nur zur internen Verwendung durch die „spieler.initiative basketball - SP.IN“ in Heidelberg bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte sowie eine Veröffentlichung (auch in Auszügen) ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verfassers zulässig.

Inhalt

A. Sachverhalt

Die „spieler.initiative basketball - SP.IN“ in Heidelberg hat mich mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt. SP.IN ist die Gewerkschaft und Interessenvertretung professioneller Basketballspieler in Deutschland.

Mit dem Gutachten soll die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der im Zuständigkeitsbereich der Nationalen Anti-Doping-Agentur (NADA) in Deutschland praktizierten Anti-Doping-Testverfahren bewertet werden, soweit diese Athleten betreffen, die bei SP.IN organisiert sind. Die im Gutachten getroffenen Feststellungen gelten entsprechend für Doping-Kontroll- und Testverfahren auf Veranlassung etwa des Deutschen Basketball Bundes (DBB) oder anderer Wettkampfveranstalter.

Um in der deutschen Basketballbundesliga oder in der Nationalmannschaft spielen zu können, müssen sich die Spieler Kontrollmechanismen und -maßnahmen unterwerfen, die darauf zielen, illegale Dopingmaßnahmen zu verhindern bzw. zu identifizieren. Entsprechende Verpflichtungen enthalten einerseits die Arbeitsverträge, die zwischen Spielern und Basketballvereinen abgeschlossen werden. Andererseits wird die Erteilung von individuellen Teilnahmeberechtigungen oder Spielerlizenzen von der Anerkennung der einheitlich vorgegebenen Anti-Dopingmaßnahmen abhängig gemacht.

Die individuellen Regelungen fügen sich in Vorgaben zu Anti-Dopingmaßnahmen ein, denen sich insbesondere die in der deutschen Basketballbundesliga aktiven Vereine durch den Abschluss eines sog. „*Teilnahmerechtsvertrags*“ mit der Basketball Bundesliga GmbH (im Folgenden: BBL)[1] unterwerfen müssen.

---

1 Für die Begutachtung liegt ein Muster „Teilnahmerechtsvertrag zwischen (1) der Basketballbundesliga GmbH (BBL GmbH), vertreten durch ihren Geschäftsführer Herrn Jan Pommer, Willy-Brandt-Platz 2, 50679 Köln, - kurz: BBL genannt – und (2) dem Basketballbundesligisten ______, - kurz Bundesligist genannt“ vor.

Gegenüber dem DBB müssen Spieler Anti-Doping-Vorgaben beispielsweise durch eine *„Anti-Doping-Vereinbarung*[2]" anerkennen.

> „Der Athlet erkennt die Anti-Doping-Regelungen des DBB sowie der NADA in den jeweils gültigen Fassungen an und unterwirft sich diesen. (…)"

Für die Ausgestaltung der Kontrollmaßnahmen sind im weltweiten Rahmen insbesondere der World Anti-Doping Code[3] der World Anti-Doping Agency (WADA) sowie bereichsspezifische International Standards[4] einschlägig. Die Umsetzung von Anti-Dopingmaßnahmen wird länderübergreifend beispielsweise durch den International Standard of Testing[5] vorgegeben. Die Datenschutzkonformität der Anti-Dopingmaßnahmen soll durch den International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information[6] sichergestellt werden.

Die Aktivitäten der WADA zielen auf die Durchsetzung und den Schutz eines fairen und sauberen Sports.[7] Das Programm, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll, umfasst nach den Feststellungen der NADA drei Komponenten:

> „(a) den WADA-Code mit den elementaren Vorschriften, was erlaubt ist und was nicht und wie bei Verstößen vorzugehen ist,
>
> (b) die ebenfalls zwingend einzuhaltenden International Standards mit technischen Vorgaben zur Umsetzung des WADA-Codes auf bestimmten Gebieten und

---

2 Vgl. Textmuster etwa unter www.sharks-hamburg.de/downloads_files/JBBL ADV.PDF.

3 World Anti-Doping Code der WADA, Quebec 2009 (vgl. www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations/The-Code/).

4 Derzeit gibt es fünf International Standards: „The Prohibited List", „Testing", „Laboratories, „Therapeutic Use Exemptions (TUEs)" und „Protection of privacy and personal information" (vgl. www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations /International-Standards/)

5 International Standard for Testing, January 2009, Montreal, Quebec, Canada (vgl. www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations/International-Standards/Testing/#).

6 International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information, 1 June 2009, Montreal, Quebec, (vgl. www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations/International-Standards/Protection-of-Privacy-and-Personal-Information- /#)

7 Vgl. die Ausführungen im Geleitwort zum Nationalen Anti Doping Code 2009, herausgegeben von der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland, o.O. 2009, S. 4.

(c) Empfehlungen zur bestmöglichen Umsetzung („best practice"), an denen man sich orientieren kann, aber nicht muss.[8]

Der WADA-Code ist privatrechtlicher Natur.

> „Der WADA-Code, der als nichtstaatliches Regelwerk seit dem Jahr 2003 Grundlage für sämtliche Anti-Doping-Regelwerke war, ist durch das Internationale Übereinkommen gegen Doping im Sport, das auf der 33. Sitzung der Generalkonferenz der UNESCO am 19. Oktober 2005 verabschiedet wurde, auch auf staatliche Ebene transportiert worden. Die Bundesrepublik Deutschland hat dieses UNESCO-Übereinkommen im Jahr 2007 ratifiziert."[9]

Im Jahr 2009 wurde weltweit ein neuer WADA-Code in Kraft gesetzt. In der Bundesrepublik Deutschland wurden diese geänderten internationalen Vorgaben durch den Nationalen Anti-Doping Code 2009 (NADC)[10] der NADA umgesetzt.

Eine gesetzgeberische Umsetzung der WADA/NADA-Vorgaben ist in der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht erfolgt. Damit handelt es sich beim NADC um Vorgaben einer privatrechtlichen Organisation ohne hoheitliche Befugnisse.

Athleten, die ihren Sport professionell betreiben, werden durch den NADC sowie durch ergänzende Standards Melde- und Kontrollpflichten auferlegt. Die Durchführung der Kontrollverfahren erfolgt auf der Grundlage von als „freiwillig" bezeichneten Einwilligungen. In Abhängigkeit ihrer Zuordnung zu bestimmten Testpools müssen Athleten beispielsweise nach dem NADA-Standard für Meldepflichten vom 1. Juli 2010[11] stundengenaue Angaben (sog. „Whereabouts") zu ihrem aktuellen Aufenthaltsort machen. Hierzu gehört die eigenständige Meldung und Eingabe in das EDV-System Anti-Doping Administration & Management System (ADAMS) der WADA[12]

---

8 Vgl. a.a.O.

9 Vgl. a.a.O.

10 Nationaler Anti Doping Code der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland 2009, o.O. (vgl. www.nada-bonn.de/downloads/regelwerke/).

11 Standard für Meldepflichten der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland Version 2.0 vom 1. Juli 2010, o.O. (vgl. http://www.nada-bonn.de/fileadmin/user_upload/nada/Downloads/Regelwerke/100630_Standard_fuer_Meldepflichten.pdf

12 Vgl. www.wada-ama.org/en/ADAMS/.

sowie gemäß Art. 3.1.2 NADA-Standard für Meldepflichten eine Erreichbarkeit der Athleten pro Tag innerhalb von sechzig Minuten. Diese Erreichbarkeit muss in der Zeit von 6:00 bis 23:00 Uhr gegeben sein. Im Rahmen dieses Zeitfensters müssen sich die erfassten Athleten einem Verfahren zur Probenentnahme unterwerfen, das durch den NADC vorgegeben und im NADA-Standard für Dopingkontrollen[13] vom 1. Juli 2010 festgelegt ist.

Vorgaben zum Datenschutz bei der Durchführung des Doping-Kontrollverfahrens enthält der NADA-Standard für Datenschutz.[14]

---

13 Standard für Dopingkontrollen der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland Version 2.0 1. Juli 2010, o.O. (vgl. http://www.nada-bonn.de/fileadmin/user_upload/nada/Downloads/ Regelwerke/100630_Standard_fuer_Dopingkontrollen.pdf).

14 Standard für Datenschutz der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland, Version 2.0 vom 1. Juli 2010, o.O. (vgl. http://www.nada-bonn.de/nc/aktuelles/nach-richten/artikel/artikel/neuer-standard-fuer-datenschutz/102/?cHash=a7d794e7ac).

B. Fragestellung

Das Gutachten soll zwei Fragen beantworten:

Frage 1: **Es soll bewertet werden, ob das im Tätigkeitsbereich der NADA bezogen auf die von SP.IN vertretenen Athleten praktizierte Melde- und Testverfahren aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig ist.**

Frage 2: **Soweit betroffene Sportler Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind, soll untersucht werden, ob die praktizierten Melde- und Testverfahren mit den allgemeinen Grundsätzen des sog. „Arbeitnehmer- oder Beschäftigtendatenschutzes" im Einklang stehen.**

Bei der Beantwortung der Fragen wird berücksichtigt, dass Basketballspieler (im Folgenden: Athleten) zur Teilnahme am Meldeverfahren und an Kontrollen im Rahmen der Anti-Dopingmaßnahmen von den Basketballvereinen aufgefordert werden, zu denen sie in einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung stehen sowie vom DBB. Andererseits werden Melde- und Kontrollpflichten auch von der NADA und anderen Anti-Doping Organisationen (ADO)[15] eingefordert. Der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Konstellationen besteht darin, dass Athleten zu ihren jeweiligen Vereinen bzw. zum DBB oder zur BBL unmittelbare differenzierte vertragliche Beziehungen haben, nicht aber zur NADA bzw. zu den anderen ADO.

Die folgenden Ausführungen stellen die Athleten in den Mittelpunkt der datenschutzrechtlichen Untersuchung. Die Ausführungen gelten entsprechend für andere Personen, denen durch die NADA-Regeln Pflichten auferlegt werden wie etwa Athletenbe-

---

15 Anti-Doping-Organisationen sind nach der Definition im Anhang I zum NADC insbesondere das Internationale Olympische Komitee, das Internationale Paralympische Komitee sowie Veranstalter großer Sportwettkämpfe, die bei ihren Wettkampfveranstaltungen Dopingkontrollen durchführen, die WADA, internationale Sportfachverbände, nationale Anti-Doping-Organisationen, die NADA und die nationalen Sportfachverbände.

treuer, denen der Besitz bestimmter Substanzen durch Art. 2.6.2 NADC verboten ist. Gesonderte Ausführungen zu diesen Personen erfolgen jedoch nur, wenn es gegenüber den mit Kontrollpflichten am meisten belasteten Athleten Besonderheiten gibt.

Bezüglich der Doping-Kontrollmaßnahmen wird vorrangig auf die Durchführung von Urinkontrollen abgestellt. Eine Befassung mit den in bestimmten Fällen vorgesehenen Blutproben erfolgt nur, soweit es rechtliche Besonderheiten gibt.

C. Gutachten

Das Rechtsgutachten ist in fünf Kapitel aufgeteilt.

In Kapitel I werden die grundlegenden datenschutzrechtlichen Anforderungen beschrieben, die bezogen auf das NADA-Anti-Doping-Konzept einschließlich der darin enthaltenen Melde- und Testverfahren bestehen.

In Kapitel II wird untersucht, welche datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände es für die Durchführung des NADA-Verfahrens zur Doping-Kontrolle außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen und damit insbesondere außerhalb von Arbeitsverhältnissen gibt. Es wird geprüft, ob sich Anspruchsgrundlagen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der im Rahmen von Anti-Dopingmaßnahmen anfallenden personenbezogenen Daten aus dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)[16] oder aus anderen Rechtsvorschriften ableiten lassen. Im Mittelpunkt der Prüfung stehen die Erlaubnisregelungen des § 28 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BDSG.

In Kapitel III wird untersucht, welche datenschutzrechtlichen Spielräume es auf der Grundlage von § 32 BDSG für die Durchführung von Anti-Dopingmaßnahmen und die hierfür notwendigen Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen gibt, wenn Athleten in einem Arbeitsverhältnis zu ihrem Verein stehen.

Kapitel IV widmet sich der Frage, ob und wenn ja welche Anti-Dopingmaßnahmen auf der Grundlage individueller Einwilligungen der betroffenen Athleten möglich sind. Untersucht wird insbesondere, ob die gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG notwendige Freiwilligkeit der Erteilung einer Einwilligung garantiert ist.

---

16 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954), neugefasst durch Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2254), durch Artikel 5 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2355 [2384] und durch Gesetz vom 14.08.2009 (BGBl. I, S. 2814).

Das abschließende Kapitel V befasst sich mit der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Übermittlung von personenbezogenen Daten zwischen den an Anti-Dopingmaßnahmen beteiligten Stellen und Anti-Doping-Organisationen.

I. Grundsätzliche datenschutzrechtliche Anforderungen

1. Anwendbarkeit des BDSG

Eine gesetzliche Regelung zur Durchführung von Anti-Dopingmaßnahmen gibt es bisher in der Bundesrepublik Deutschland nicht. Mittelbar sind in diesem Zusammenhang nur einzelne Normen zu beachten, wie etwa § 6a des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG)[17], nach dessen § 6a Abs. 1 es verboten ist, Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr zu bringen, zu verschreiben oder bei anderen anzuwenden. Abs. 2a dieser Vorschrift stellt den Besitz nicht geringer Mengen unter Strafe. Kein strafrechtliches Verbot gibt es hingegen für die individuelle Einnahme von illegalen Doping-Mitteln und deren Besitz in einer geringen Menge.

Die aktuellen Anti-Dopingmaßnahmen werden weltweit von der WADA koordiniert und geregelt. Die WADA wurde am 10.11.1999 als Stiftung nach schweizerischem Recht mit Sitz in Lausanne gegründet. Ihre Zentrale befindet sich in Montreal, Kanada. Stifter war das Internationale Olympische Komitee (IOC). Finanziert wird die WADA von Sportverbänden und Einzelregierungen.[18]

Aufgaben der Arbeit der WADA sind in Art. 4 Abs. 1 der Statuten der Stiftung wie folgt beschrieben:

> "The object of the Foundation is 1. to promote and coordinate at international level the fight against doping in sport in all its forms including through in and out-

---

17 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG) vom 24.8.1976 (BGBl. I, S. 2445), neu gefasst durch Bekanntmachung vom 12.12.2005 (BGbl. I, S. 3394), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 25.5.11 (BGBl. I, 946)

18 Vgl. Artikel 4 der WADA Satzung aus dem Jahr 2003 (vgl. www.wada-ama.org/Documents/About_WADA/Statutes/WADA_Statutes_2009_EN.pdf).

> of-competition; to this end, the Foundation will cooperate with intergovernmental organizations, governments, public authorities and other public and private bodies fighting against doping in sport, inter alia the International Olympic Committee (IOC), International Sports Federations (IF), National Olympic Committees (NOC) and the athletes; it will seek and obtain from all of the above the moral and political commitment to follow its recommendations;"[19]

In der Bundesrepublik Deutschland werden die Vorgaben der WADA durch die Nationale Anti-Doping-Agentur (NADA) umgesetzt. Die NADA ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Bonn. Sie verfolgt gemäß § 2 Abs. 2 ihrer Stiftungsverfassung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke.[20] Die Finanzierung der NADA erfolgt aus Mitteln des Stiftungskapitals, durch Zuwendungen von Bund (insbesondere des Bundesministeriums des Inneren) und Ländern, von Seiten des Sports sowie mit Hilfe von Sponsoren aus der Wirtschaft.[21]

Umgesetzt werden die Anti-Doping-Aktivitäten zusammen mit den nationalen Sportverbänden. Hierzu gehört auch der DBB, der Miteigentümer der als GmbH organisierten deutschen Basketball Bundesliga „Beko Basketball Bundesliga“ (BBL) ist.[22]

Auf privatrechtliche Stiftungen wie auf privatrechtlich organisierte GmbHs kommt das BDSG gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 dieses Gesetzes zur Anwendung. Sie gehören zu den sog. „nicht-öffentlichen Stellen“ im Sinne des BDSG. Sowohl die NADA als auch der DBB und die BBL unterfallen dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Keine Anwendung findet das Gesetz hingegen auf die WADA sowie anderen anderen ADO, die außerhalb der Bundesrepublik Deutschland angesiedelt sind (vgl. § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 BDSG).

---

19 Vgl. „About WADA“ auf der Homepage der Organisation „www.wada-ama.org/en/About-WADA/“.

20 Vgl. Verfassung der "Stiftung Nationale Anti Doping Agentur Deutschland" genehmigt am 25. Februar 2011 (als elektronisches Dokument unter www.nada-bonn.de/impressum/).

21 Vgl. die Aussage auf www.nada-bonn.de/nada/spendenkonto/.

22 Vgl. die Angaben auf der Internetseite der „Beko Basketball Bundesliga“ www.beko-bbl.de/index.php.

2. Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten

Die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten bestimmt sich für die Bundesrepublik Deutschland gemäß § 1 Abs. 3 BSDG nach dem BDSG, soweit nicht spezifische und damit vorrangige Rechtsvorschriften des Bundes bestehen. Für den Bereich der Anti-Dopingmaßnahmen gibt es in der Bundesrepublik Deutschland keine vorrangigen Gesetze.

Das BDSG kommt gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG bei nicht-öffentlichen Stellen zur Anwendung, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Sie sind verantwortliche Stellen. Dieser Begriff bezeichnet nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 7 BDSG jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt.

Der in § 3 Abs. 1 BDSG definierte Begriff der personenbezogenen Daten ist weit zu fassen[23]. Er beinhaltet sowohl unmittelbar personenbezogene als auch personenbeziehbare Daten über Menschen. Definitionen zu den Tatbeständen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung finden sich in § 3 Abs. 3 bis 5 BDSG.

Die zur Durchführung von Anti-Dopingmaßnahmen von Athleten geforderten Informationen sind personenbezogen oder aufgrund der möglichen Zuordnung von Daten zu bestimmten Athleten personenbeziehbar. Dies gilt für Angaben zu Aufenthaltsorten, Trainingsplänen oder Medikamentenkonsum ebenso wie für zu Analysezwecken abgenommene Blut- oder Urinproben, die Auskunft über Ernährung, Gesundheitszustand oder Genom des Athleten geben können.

Vom Geltungsbereich des Gesetzes wird gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 BDSG sowohl die automatisierte Verarbeitung als auch die nicht-automatisierte Verarbeitung (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG) erfasst. Das Gesetz kommt damit sowohl zur Anwendung, wenn

---

[23] Vgl. allgemein Simitis-*Dammann*, § 3 Rn. 5.

Athleten ihre Daten im Rahmen der „Whereabout-Erfassung" eigenständig in das ADAMS-System eingeben, als auch, wenn diese Daten (etwa an einem Wettkampfort) in nicht- automatisierten Dateien geführt und sodann unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet werden.

Zulässig ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nach der allgemeinen Vorgabe in § 4 Abs. 1 BDSG, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat (zur Einwilligung vgl. Kapitel IV). Rechtsvorschriften im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG sind insbesondere Erlaubnistatbestände, die für nicht-öffentliche Stellen im 3. Abschnitt des BDSG zu finden sind.

Darüber hinaus werden vom datenschutzrechtlichen Begriff der Rechtsvorschriften gemäß § 4 Abs. 1 BDSG alle materiellen Normen des Bundesrechts erfasst, die unmittelbare Außenwirkungen haben. Hierzu gehören insbesondere Gesetze und Rechtsverordnungen.[24] Weiterhin werden die normativen Teile von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen erfasst.[25] Keine Rechtsvorschriften im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG sind Erlasse oder Verwaltungsvorschriften.[26]

Weder der WADA-Code noch der NADC nebst der korrespondierenden NADA-Standards sind innerstaatlich verbindliche Rechtsvorschriften i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG, sondern lediglich zwischen privatrechtlichen Organisationen zivilrechtlich vereinbarte Grundsätze. Sie sind damit keine eigenständigen datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten im Rahmen von Anti-Dopingmaßnahmen gemäß § 4 Abs. 1 BDSG. Eine Berufung auf diese Grundlagen rechtfertigt den Zugriff auf personenbezogene Daten aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch die Ratifizierung des UNESCO-Übereinkommens durch die Bundesrepublik im Jahr 2007. Der WADA Code

---

24 Simitis-*Sokol*, § 4 Rn. 9.
25 Simitis-*Sokol*, § 4 Rn. 11 m.w.N.
26 Simitis-*Sokol*, § 4 Rn. 9.

hat hierdurch keine innerstaatliche rechtliche Verbindlichkeit erlangt, welche im Rahmen von § 4 Abs. 1 BDSG Beachtung fände. Von einer innerstaatlichen Umsetzung ihrer gemäß Art. 59 Grundgesetz[27] (GG) bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtung – etwa durch Änderung des BDSG - hat die Bundesrepublik Deutschland bislang Abstand genommen; wohl auch deshalb, weil Konflikte mit den geltenden Regelungen des Datenschutzrechts unvermeidlich wären.

Damit kann die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für den Zweck der Doping-Bekämpfung bzw. –Erkennung nur zulässig sein, wenn sich im BDSG selbst einschlägige Erlaubnistatbestände finden lassen. Mangels spezifischer „Anti-Doping-Gesetze“ verbleibt nur der Rückgriff auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen, die sich im 3. Abschnitt des Gesetzes in § 28 Abs. 1 BDSG finden lassen (vgl. Kapitel II.) oder in anderen allgemeinen gesetzlichen Regelungen.

Für Beschäftigte gemäß § 3 Abs. 11 BDSG findet sich im 3. Abschnitt des Gesetzes mit § 32 BDSG eine spezialgesetzliche Erlaubnisregelung i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG, die etwa auch zur Anwendung kommt, wenn die bei einem Basketballverein beschäftigten Sportler Arbeitnehmer sind (vgl. Kapitel III).

3. Besondere Arten personenbezogener Daten

Besondere Voraussetzungen gelten für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der sog. besonderen Arten personenbezogener Daten. Hierzu gehören nach der Definition in § 3 Abs. 9 BDSG die Informationen über die Gesundheit von Menschen. Von der datenschutzrechtlichen Definition der Gesundheit werden beispielsweise auch Infor-

---

27 Grundgesetz vom 23. Mai 1949 (BGBl. I, S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 21.7.2010 (BGBl. I, S. 944).

mationen über die Einnahme von Medikamenten bzw. der Gebrauch von Drogen erfasst.[28]

Personenbezogene Informationen über die vermutete oder tatsächliche Einnahme von dopingverdächtigen Substanzen durch Athleten sind als Gesundheitsdaten aus datenschutzrechtlicher Sicht gemäß § 3 Abs. 9 BDSG in besonderer Weise geschützt.

4. Datenvermeidung

Allgemeine Voraussetzung für jede Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Geltungsbereich des BDSG ist die Beachtung des in § 3a BDSG festgelegten Gebots der Datenvermeidung und Datensparsamkeit. Hiernach haben sich Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen an dem Ziel auszurichten, keine oder so wenig Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Normadressat der Regelung ist die verantwortliche Stelle.[29] Das Regelungsziel einer auf das Notwendige begrenzten Datenverarbeitung soll im Rahmen des sog. Systemdatenschutzes erreicht werden.[30]

Das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit gilt auch zu Lasten der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten zu Zwecken der Dopingkontrolle uneingeschränkt.

II. Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Ergebnisdaten der Dopingkontrollen für eigene Zwecke gemäß § 28 Abs. 1 BDSG.

Die weltweiten Vorgaben der WADA zur Dopingkontrolle werden in der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 1 Abs. 1 NADA Standard für Dopingkontrollen[31] umgesetzt. Die Durchführung von Dopingkontrollen obliegt nach Art. 2.1.1. NADA Standard für

---

28 Simitis-*Simitis,* a.a.O., § 3 Rn. 265.

29 Simitis-*Bizer*, § 3a Rn. 34.

30 *Gola/Schomerus*, § 3a Rn. 4; grundlegend *Roßnagel,* DuD 99, 253.

31 Standard für Dopingkontrollen der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland, Version 2.0 vom 1. Juli 2010, o.O. (vgl. www.nada-bonn.de/downloads/regelwerke/).

Dopingkontrollen den zuständigen ADO und damit im Ergebnis auch dem Verein, der einen Vertrag mit einem Athleten abschließt.

Der Kampf gegen unzulässige Dopingmaßnahmen ist zentrale Aufgabe der NADA. Dies wird etwa im Geleitwort zum NADC aus dem Jahr 2009 verdeutlicht, wo es heißt:

> „Alle Athletinnen und Athleten auf der Welt haben ein Grundrecht auf Teilnahme an einem fairen, sauberen Sport. Dieses Grundrecht durchzusetzen und zu schützen, ist Aufgabe der World Anti-Doping Agency (WADA) und der nationalen Anti-Doping-Agenturen, der internationalen und der nationalen Sportverbände, der internationalen Organisationen und der einzelnen Staaten. Letztlich ist es die Aufgabe aller, denen der Sport am Herzen liegt.
>
> Als unabhängiges Kompetenzzentrum ist die Nationale Anti-Doping-Agentur Deutschland (NADA) dieser Aufgabe durch ihre Stiftungsverfassung verpflichtet."

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten für Anti-Dopingmaßnahmen ist zentraler eigener Geschäftszwecke der NADA bzw. von anderen ADO. Darüber hinaus finden entsprechende Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen von Athletendaten für eigene Geschäftszwecke auch auf der Ebene der Basketballvereine, des DBB und der BBL statt. Maßstab sind auch hier die NADA-Vorgaben. Der DBB hat sich diese durch textgleiche Übernahme in seinen Anti-Doping-Code[32] (ADC) zu eigen gemacht.

Der Umgang mit den Daten könnte nach § 28 Abs. 1 BDSG zulässig sein. Nach dieser Vorschrift ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig

1. wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist, [oder]

---

32 Anti-Doping-Code (ADC) des Deutschen Basketball Bundes e. V. in der ab dem 01.08.2010 geltenden Fassung – Beschlossen vom DBB-Präsidium am 11.07.2010 in Hamburg. –

2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

In der Bundesrepublik Deutschland werden für Anti-Dopingmaßnahmen Daten über Athleten auf unterschiedlichen Ebenen gesammelt. Die folgenden Ausführungen gehen allgemein davon aus, dass personenbezogene Daten der Athleten auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen sowohl von Basketballvereinen bzw. von DBB und BBL als auch von der NADA bzw. von anderen ADO erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Soweit sich bezogen auf Vereine, die unmittelbare Vertragspartner der Athleten sind, Besonderheiten ergeben, werden diese benannt.

1. Rechtsgeschäftliches oder rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis (§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG)

a) Allgemeines

Erfolgt eine Erhebung, Speicherung, Veränderung oder Übermittlung personenbezogener Daten im Rahmen der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses und besteht dabei ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Verwendung und dem festgelegten Verarbeitungszweck, legitimiert § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG die Verarbeitungsprozesse.[33] Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG, für deren Erhebung, Verarbeitung und Nutzung spezifische Regelungen § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG zu finden sind.

---

33 Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb* § 28 Rn. 25; Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 57.

Die für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Daten verantwortliche Stelle muss sich im Rahmen der Ermächtigung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG allerdings darauf beschränken, nur die für das jeweilige Rechtsgeschäft erforderlichen Daten zu verwenden.[34] Ist diese normative Voraussetzung erfüllt, bedarf es für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung keiner gesonderten Einwilligung der betroffenen Vertragspartner.

Neben einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis kann im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG auch das Vorliegen eines rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses die Erhebung und weitere Verwendung personenbezogener Daten legitimieren. Dieses ist vorrangig bei der Anbahnung oder Beendigung von Rechtsgeschäften oder Verträgen gegeben.[35]

Bezogen auf den gutachterlich zu bewertenden Sachverhalt ist festzustellen, dass zwischen den einzelnen Athleten und der NADA bzw. den ADO keine unmittelbaren rechtsgeschäftlichen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Verbindungen bestehen. Der bloße Verweis auf das Anti-Dopingkonzept der NADA im Spielerarbeitsvertrag schafft weder eine rechtsgeschäftliche noch eine rechtsgeschäftsähnliche Verbindung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. Rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Verbindungen bestehen nur zwischen der NADA und den ADO (einschließlich der nationalen Sportfachverbände). Diese folgt bereits aus Art. 18.3. NADC.

> „Die nationalen Sportfachverbände nehmen den NADC durch Zeichnung der Vereinbarung über die Organisation und Durchführung von Dopingkontrollen an. Sie setzen den NADC sowie zukünftige Änderungen unverzüglich nach deren Inkrafttreten um. Sie haben durch geeignete, insbesondere rechtliche und organisatorische Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass eine Anpassung ihrer entsprechenden Regelwerke an die geänderten Fassungen unverzüglich erfolgt und die ihnen angehörigen beziehungsweise nachgeordneten Verbände, Vereine, Athleten und sonstige Beteiligte über die Änderungen informiert und daran gebunden werden."

---

34 Vgl. Bundesgerichtshof vom 17.12.85 (Aktz.: VI ZR 244/84), NJW 86, 2505; Gola/Schomerus, § 28 Rn. 14f; Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 69.

35 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 88.

Rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse werden bezogen auf Anti-Dopingmaßnahmen nur direkt zwischen den Athleten auf der einen Seite und ihren Vereinen bzw. im Rahmen von individuellen Spielerlizenzvergaben („Teilnahmeberechtigungen“) ihren Verbänden auf der anderen Seite begründet.

Zwischen Athleten und ihren Vereinen besteht eine direkte Vertragsbeziehung in Form eines Arbeitsvertrags (Regelfall) oder auf anderer rechtsgeschäftlicher Grundlage. Nach dem vorliegenden Muster eines Spielerarbeitsvertrag wird gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 vorausgesetzt, dass ein *„Teilnahmerechtsvertrag“* mit der BBL abgeschlossen wird.

> „5. Der Spieler verpflichtet sich, mit der BBL-GmbH einen Teilnahmerechtsvertrag gemäß dem anliegenden Muster für die Dauer dieses Arbeitsvertrages abzuschließen.“

Die Erteilung dieser individuellen Teilnahmeberechtigung stellt gemäß § 1 Abs. 6 Buchstabe b) Spielerarbeitsvertrag eine auflösende Bedingung für den Arbeitsvertrag dar (vgl. zur Vertragssituation ausführlich Kapitel IV). Gleichzeitig ist sie gemäß § 4 der Spielordnung für die Beko- Basketball- Bundesliga (im Folgenden: BBL-Spielordnung) Voraussetzung für die Teilnahme am Spielbetrieb:

> § 4 Spielerteilnahmerecht
>
> Spieler, die in der Bundesliga zum Einsatz kommen sollen, bedürfen neben der persönlichen Teilnahmeberechtigung durch die BBL auch der Einsatzberechtigung des Bundesligisten. Sie müssen zudem spielberechtigt sein.“

Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 BBL-Spielordnung werden

> „Mit Antragstellung (…) auch ausdrücklich die Anti-Doping-Bestimmungen anerkannt.“

---

36 Spielordnung für die Beko Basketball Bundesliga 2010/2011, o.O., o.J. (elektronische Fassung unter www.beko-bbl.de/inside/regelwerk.html).

Der „Antrag auf Erteilung einer Teilnahmeberechtigung“ des DBB enthält im „Kleingedruckten“ (d.h. in einer erheblich kleineren Schrifttype gesetzt am Ende des Formulars) die folgende Formulierung:

> „Mit der Unterschrift gibt der Antragsteller sein Einverständnis zur maschinellen Erfassung, Speicherung und Auswertung der Daten. Spieler und Verein bestätigen die Richtigkeit der gemachten Angaben. Bei Feststellung von Unregelmäßigkeiten werden Verein und Spieler im Rahmen der entsprechenden Ordnungen des DBB bestraft. Eine Teilnahmeberechtigung, die unter falschen Voraussetzungen gegeben wurde, ist nichtig. Der Spieler bestätigt, dass ihm die Gelegenheit gegeben wurde, die Satzung und die Ordnungen des DBB und die seines Landesverbandes sowie die Bundestagsbeschlüsse zur Kenntnis zu nehmen. Er erkennt diese voll inhaltlich in der jeweils gültigen, veröffentlichten Fassung an. (…)“

Zu den Unterlagen, die die Spieler im Rahmen des Verfahrens zur Vergabe der Teilnahmeberechtigung durch den DBB zur Kenntnis nehmen müssen, gehören die Satzung[37] sowie der Anti-Doping-Code (ADC)[38] des DBB. Zum Thema „Doping“ findet sich in der Satzung des DBB die folgende Formulierung.

> „§ 7 Doping
>
> 1 Doping wird vom DBB und seinen Mitgliedern als schwerwiegender Verstoß gegen die ethischen Grundprinzipien des Sports angesehen und ist daher verboten. Der DBB nimmt am Dopingkontrollsystem der Nationalen-Anti-Doping-Agentur (NADA) und der FIBA teil. Die NADA ist berechtigt, nach Maßgabe der Trainingskontrollvereinbarung mit dem DBB Trainingskontrollen durchzuführen. Die FIBA und der DBB sind befugt, Dopingkontrollen während und außerhalb des Wettkampfes durchzuführen. Hierzu gehören alle Spiele in den Wettbewerben des DBB sowie Spiele in den Wettbewerben der Bundesligen und Länderspiele.
>
> 2 Es gilt der Anti-Doping-Code (Anti-Doping-Ordnung des DBB).“

---

37 Satzung des Deutschen Basketball Bundes e. V., Beschlossen vom Bundestag 1976 (Hannover) mit Änderungen wurden von den Bundestag 1980 (Wuppertal), 1982 (Erlangen), 1984 (Berlin), 1986 (Kirchheimbolanden), 1988 (Damp 2000), 1990 (Karlsruhe und Hagen), 1991 (Burghausen), 1992 (Dortmund), 1993 (Stolberg-Harz) und 1994 (Herdecke), 1996 (Berlin), 1997 (Bremen), 1999 (Bad Kreuznach), 2000 (Tier), 2001 (Rotenburg/Fulda), 2002 (Travemünde), 2004 (Düsseldorf), 2005 (Binz, 2006 (Rust, 2007 (Würzburg), 2008 (Dessau) und 2009 (Werder/Havel) beschlossen.

38 Anti-Doping-Code (ADC) des Deutschen Basketball Bundes e. V. in der ab dem 01.08.2010 geltenden Fassung – Beschlossen vom DBB-Präsidium am 11.07.2010 in Hamburg.

Der ADC scheint auf den ersten Blick mit dem NADC identisch. Eine ausführliche Prüfung der Identität ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht erfolgt. Die Übernahme der Vorgaben des NADC weist darauf hin, dass auch das weitere NADA-Verfahren übernommen wird.

In diese Richtung weist auch die *„Anti-Doping-Vereinbarung“*[39], die zwischen den Athleten und dem DBB abgeschlossen wird. Dort heißt es im ersten Absatz:

> „Der Athlet erkennt die Anti-Doping-Regelungen des DBB sowie der NADA in den jeweils gültigen Fassungen an und unterwirft sich diesen. (…)“

Die *„Anti-Doping-Vereinbarung“* verweist weiterhin darauf, dass

> „Hinsichtlich des Rechtswegs (…) eine gesonderte Schiedsvereinbarung getroffen“ wird.

Durch diese “*Schiedsvereinbarung”*[40] wird zwischen Athleten und dem DBB unter ausdrücklichem Ausschluss der Ordentlichen Gerichtsbarkeit ein „verbandsinterner“ Rechtsweg vereinbar.

b) Erlaubnistatbestände

Aus dem damit zwischen Athleten und Verein bzw. DBB und BBL bestehenden rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen können sich gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG Erhebung-, Verarbeitungs- und Nutzungsrechte personenbezogener Daten zu Zwecken von „eigenen“ Doping Kontrollen ableiten. Diese Situation wird in der folgenden Untersuchung bewertet.

Eine andere Situation besteht aufgrund des Fehlens von Vertragsbeziehungen zu den Athleten für NADA und für andere ADO. Eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung

---

39 Vgl. das einschlägige Textmuster für die Erklärung etwa unter www.sharks-hamburg.de/downloads_files/JBBL ADV.PDF.

40 Vgl. das einschlägige Textmuster der “*Schiedsvereinbarung*“ etwa unter bbl-basketball.de/download/in-dex.php?menuid=169&top-menu=80&keepmenu=inactive.

von Daten durch diese Stellen dient nicht deren eigenen Zwecken und kann deshalb nicht auf § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG gestützt werden. An dieser Situation würde sich auch nach einer Beauftragung dieser Stellen durch Basketballvereine bzw. DBB oder BBL nichts ändern (zur Beauftragung vgl. Kapitel V)

i. Dopingkontrollen für eigene Zwecke

Werden Dopingkontrollen von den unmittelbaren Vertragspartnern der Athleten (etwa von einem Verein) durchgeführt und sind die Sportler nicht als Beschäftigte gemäß § 3 Abs. 11 BDSG zu qualifizieren (vgl. hierzu Kapitel III) könnte eine Erhebung und Verwendung der anfallenden personenbezogenen Daten für eigene Zwecke des Vertragspartners im Einzelfall durch den Inhalt des bestehenden rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses legitimiert sein. Sie müssten insbesondere so ausgestaltet sein, dass geschützte Rechtspositionen der Athleten nicht verletzt werden. So könnte etwa der Verein eines Athleten, aber auch ein Wettkampfveranstalter, auf der Grundlage einer individuellen vertraglichen Vereinbarung eine Doping-Kontrolluntersuchung verlangen und deren allgemeines Ergebnis, d.h. "für den Wettkampf geeignet" auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG für eigene Zwecke erheben, verarbeiten und nutzen. Mit Blick auf die spezialgesetzlichen Normen in § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG, die auf die Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten zur Anwendung kommen, bleibt aber die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung medizinischer Einzeldaten für eigene Zwecke auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG aus geschlossen (vgl. zu datenschutzrechtlichen Grenzen für den Umgang mit Gesundheitsdaten Kapitel III Abschnitt 3.d). Damit müsste beispielsweise die Mitteilung eines positiven Testergebnisses unterbleiben, wenn sich hieraus Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand eines Athleten ziehen ließen.

Voraussetzung für Maßnahmen wie die vorstehend beispielhaft beschriebene medizinische Kontrolle ist, dass hierfür eine wirksame vertragliche Berechtigung vorliegt, aus der Doping-Kontrollmaßnahmen hergeleitet werden können.

Verträge, die Vereine mit Athleten abschließen, die nicht als Arbeitnehmer tätig werden, liegen für diese Begutachtung nicht vor. Bekannt sind hingegen der individuelle Antrag auf Teilnahmeberechtigung, der an den DBB zu richten ist (vgl. hierzu Kapitel IV Abschnitt 2.b.) sowie die *„Anti-Doping-Vereinbarung"* (vgl. hierzu den vorstehenden Abschnitt 1.a). Die Unterzeichnung der beiden letztgenannten Dokumente ist Voraussetzung für die Erteilung der Spielberechtigung und damit für die Ausübung der Profisportlertätigkeit. Sie führen zu rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen mit dem DBB bzw. der BBL und in diesem Rahmen auch zur datenschutzrechtlichen Befugnis, die für die Vertragsabwicklung notwendigen Daten zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen.

Die Berechtigung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BSDS verbindet sich mit Blick auf die spezialgesetzlichen Regelungen in § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG aber nicht mit der Befugnis, besondere Arten personenbezogener Daten für eigene Zwecke zu verarbeiten (vgl. zu diesen Regelungen nachstehenden Ausführungen in Abschnitt 2.a.). Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten ist auf der allgemeinen Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG unzulässig. Ihre Verwendung bedarf grundsätzlich einer Einwilligung der Betroffenen.[41] Die Vorschrift legitimiert darüber hinaus zu keinen Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen, die unverhältnismäßig sind, weil sie in nicht hinnehmbarer Weise in Rechte der Vertragspartner eingreifen (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.b.).

Aus § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG leitet sich damit für DBB und BBL nur eine Berechtigung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten ab, die für die unmittelbare Durchführung des bestehenden Schuldverhältnisses erforderlich sind, d.h. also beispielsweise der Adress- und Vereinsdaten. Die Berechtigung findet ihre Grenzen an den Persönlichkeitsrechten der Athleten. Unverhältnismäßige Eingriffe in diese sind im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSDG unzulässig

---

41 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 294.

Weitergehenden Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsberechtigungen aufgrund bestehender rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse stehen zudem allgemeine zivilrechtliche Bestimmungen wie insbesondere die Regelungen zur Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den §§ 305 bis 310 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)[42] entgegen. Vertragliche Verpflichtungen von Athleten zu umfassenden Aufenthalts- oder Gesundheitskontrollen durch die vorformulierten Klauseln in Anträgen oder Verträgen beachteiligen Sportler gemäß § 307 Abs. 1 BGB unangemessen und sind damit unwirksam (vgl. zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kapitel IV).

DBB bzw. BBL können somit aus den angesprochenen Anträgen bzw. Verträgen keine Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsrechte bzgl. der nach Melde- und Kontrollverfahren hereiten, die nach den Vorgaben der NADA bestehen,. Entsprechendes gilt für rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse zwischen Basketballvereinen und einzelnen Spielern, die nicht Arbeitsverträge sind (vgl. hierzu Kapitel III).

ii. Übermittlung gewonnener Erkenntnisse an Dritte

Eine Übermittlung der im konkreten Fall (etwa bei einer internen ärztlichen Untersuchung) gewonnenen personenbezogenen Daten über Doping-Verstöße von Athleten an Dritte ist datenschutzrechtlich nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie könnte beispielsweise unter den Voraussetzungen von § 28 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BDSG möglich sein (vgl. zur Übermittlung allgemein Kapitel V). Ihre Zulässigkeit steht jedoch gemäß § 28 Abs. 2 unter dem generellen normativen Vorbehalt, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass Betroffene ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss dieser Übermittlung und Nutzung haben. Die Möglichkeit einer Übermittlung bestimmt sich damit nach denselben Grundsätzen wie im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Ohne

---

42 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18.8.1996 (RGBl. I, S. 195), in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.1.2002 (BGBl. I, S. 42), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 27.7.2011 (BGBl. I, S. 1600).

den folgenden Ausführungen zu dieser Vorschrift vorgreifen zu wollen, kann an dieser Stelle vorab festgestellt werden, dass es schwerwiegende Gründe gibt, die eine entsprechende Annahme rechtfertigen (vgl. ausführlich den folgenden Abschnitt 2).

iii. Meldepflichten und Dopingkontrollen gemäß der NADA-Vorgaben

Die vorstehenden Aussagen beziehen sich ausdrücklich nur auf die interne Durchführung von Doping-Tests, die explizit Zwecken der zwischen Athleten und den genannten Stellen geschlossenen Verträge dient. Die diesbezüglich auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG mögliche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten, kann jedoch nicht gleichzeitig die umfassenden Melde- und Kontrollmaßnahmen nach dem von der NADA für die Bundesrepublik Deutschland vorgegebenen Verfahren legitimieren. Diese Verfahren dienen nämlich gerade nicht der Datenerhebung, -verarbeitung oder –nutzung für eigene Geschäftszwecke, sondern der weltweiten Bekämpfung illegaler Dopingmaßnahmen und damit den fremden Geschäftszwecken von europa- bzw. weltweit tätigen privatrechtlichen Organisationen. Eine Legitimation der Datenerhebung, -verarbeitung und –nutzung für das NADA-Anti-Dopingkonzept ist auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG deshalb nicht zulässig. An diesem Ergebnis ändert auch die denkbare Konsequenz nichts, dass der DBB und die ihm angeschlossenen Vereine ohne eine Übermittlung von Daten vom internationalen Spielbetrieb ausgeschlossen werden könnten. Der Zielkonflikt zwischen den zwingenden datenschutzrechtlicher Vorgaben, durch die grundlegende Verfassungsrechte der Athleten geschützt werden auf der einen und den sportlichen Interessen von Verbänden und Vereinen auf der anderen Seite kann verfassungs- wie datenschutzkonform nicht dadurch gelöst werden, dass Rechtsbrüche hingenommen werden.

2. Erforderlichkeit zur Wahrung berechtigter Interessen (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG).

Kommt § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für eigene Geschäftszwecke nicht in Betracht, kann sich die Zulässigkeit aus § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ableiten.

Die Erhebung, Speicherung, Veränderung oder Übermittlung personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist nach dieser Vorschrift zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Beide Voraussetzungen müssen nach dem Wortlaut der Norm kumulativ vorliegen.

a) Berechtigte Interessen der verantwortlichen Stelle

Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG steht gleichberechtigt neben dem in § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. Es handelt sich allerdings nicht um einen Auffangtatbestand, der verantwortlichen Stellen Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsmöglichkeiten in den Fällen zugesteht, in denen diese mit den Vorgaben in § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG nicht vereinbar sind.[43] An die Feststellung, dass berechtigte Interessen im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG vorliegen, ist ein enger Maßstab anzulegen.[44] Sind verantwortliche Stellen etwa aufgrund bestehender bereichsspezifischer oder gesetzlicher Geheimhaltungsvorgaben gehalten, bestimmte Erhebungen oder Verarbeitungen im Rahmen von rechtsgeschäftlichen Vertragsverhältnissen gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG nicht oder nur in einem engen Rahmen durchzuführen, ist es ihnen verwehrt,

---

43 Vgl. Taeger,/Gabel-*Taeger,* § 28 Rn. 55; Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 99**.**

44 Ebenso Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 98; *Taeger,/Gabel* § 28 Rn. 54; *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28 Rn. 234; enger *von Lewinski,* RDV 03, 122.

die Verwendungsmöglichkeiten von personenbezogenen Daten für eigene Zwecke unter Rückgriff auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG auszuweiten.[45] Fehlt es in einer vertraglichen Verbindung zwischen zwei Parteien gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG etwa an der Befugnis, Gesundheitsdaten zu verarbeiten, kann eine entsprechende Erhebung und Verwendung nicht durch Rückgriff auf den Erlaubnistatbestand der Nr. 2 legitimiert werden.

Die berechtigten Interessen, auf die eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten und deren anschließende Verwendung gestützt wird, müssen eigene Belange der verantwortlichen Stelle sein, die im Rahmen von rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldgeschäften verwirklicht werden sollen. Hierzu gehören nicht die Interessen Dritter oder öffentliche Belange.[46]

Eine weitere Einschränkung der datenschutzrechtlichen Befugnisse auf Basis der Erlaubnisnorm § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG folgt daraus, dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der personenbezogenen Daten zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich sein muss. Es reicht nicht aus, wenn sie hierfür lediglich geeignet, zweckmäßig oder nur dienlich ist.[47] Auch auf die bestmögliche Effizienz eines Vorhabens kommt es nicht an.[48] Erforderlichkeit im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist nur gegeben, wenn die berechtigten Interessen einer verantwortlichen Stelle sonst nicht oder nicht angemessen gewahrt werden können oder wenn sie bei vernünftiger Betrachtung auf das fragliche Mittel angewiesen ist.[49].

Eine absolute Grenze für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG besteht, wenn es sich um besondere Arten personenbezogener Daten i.S.v. § 3 Abs. 9 BDSG handelt. Diese verschließen sich aufgrund ihres

---

45 So Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 99 am Beispiel des Bankgeheimnisses.

46 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 105.

47 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28 Rn. 234; Simitis-*Simitis,* § 28 Rn. 108; a.A. *Schaffland/Wiltfang* § 28 Rn. 110.

48 Vgl. Oberlandesgericht Köln vom 14.08.09 (Aktz. I-6 U 70/09 und 6 U 70/09), NJW 10, 90.

49 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 28 Rn. 34.

besonderen Schutzbedürfnisses der Erhebung und Verarbeitung durch verantwortliche Stellen zur Befriedigung berechtigter Interessen auf der Grundlage des allgemeinen Erlaubnistatbestandes in § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG sowie auch der Verwendung für eigene Zwecke i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten ist nur auf der Grundlage der in § 28 Abs. 6 bis 9 BDSDG genannten Erlaubnistatbestände zulässig.

Dies gilt insbesondere für Daten zur Gesundheit. Die in § 3 Abs. 9 BDSG aufgeführten besonderen Arten personenbezogener Daten dürfen für eigene Zwecke nur unter den Voraussetzungen erhoben, verarbeitet und genutzt werden, die in § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG aufgeführt sind[50].

Die Verwendung besonderer Arten personenbezogener Daten für eigene Geschäftszwecke ist etwa gemäß § 28 Abs. 6 BDSG im Regelfall nur mit der Einwilligung der Betroffenen zulässig, die unter Beachtung der besonderen Voraussetzungen gemäß § 4a Abs. 3 BDSG erteilt werden muss (zur Einwilligung vgl. Kapitel IV). Ausnahmen vom Regelfall sind nach der abschließenden Aufzählung in § 28 Abs. 6 Nrn. 1 bis 4 BDSG nur zulässig. wenn

> „1. dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben,
>
> 2. es sich um Daten handelt, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat,
>
> 3. dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
>
> 4. dies zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.“

---

50 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 132.

Den in § 28 Abs. 6 BDSG genannten Sachverhalten kommt Ausnahmecharakter zu. Sie sind für den hier zu bewertenden Sachverhalt nicht einschlägig.

Ähnlich verhält es sich mit den in § 28 Abs. 7 BDSG genannten Erlaubnistatbeständen, die eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten zwar für Zwecke der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung sowie für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten zulassen, diese aber davon abhängig machen, dass die Datenerhebung und -verarbeitung durch ärztliches Personal oder durch Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen.

§ 28 Abs. 7 BDSG ist keine Generalermächtigung, die verantwortliche Stellen zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten berechtigt. Die Erlaubnis für den Umgang mit diesen Daten leitet sich vielmehr aus zahlreichen gesetzlichen Sonderregelungen und bereichsspezifischen Bestimmungen ab, die dem BDSG gemäß § 1 Abs. 3 BDSG vorgehen.[51] Aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Regelung zu Dopingkontrollen kann die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten weder von Basketballvereinen oder vom DBB noch von der NADA oder von den anderen ADO auf die datenschutzrechtliche Grundlage des § 28 Abs. 7 BDSG gestützt werden.

Bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt bestehen schon unter Beachtung der vorstehend dargelegten allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben und Grenzen erhebliche Zweifel daran, dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten durch Vereine, DBB und BBL auf der einen Seite und durch NADA bzw. ADO auf der anderen zum Zwecke der Doping-Bekämpfung auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG überhaupt zulässig sein kann.

Gegen das Vorliegen einer Erforderlichkeit aufgrund berechtigter Interessen der NADA oder anderer ADO gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG spricht, dass durch diese Vor-

---

51 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 338.

schrift keine Erhebungs- und Verarbeitungsansprüche begründet werden sollen, die unabhängig vom Bestehen eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG sind. Solange Athleten zur NADA bzw. zu anderen ADO keine unmittelbare vertragliche Bindung i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG haben, können diese Stellen ihren Anspruch auf Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten nicht eigenständig auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG stützen (zur Einwilligung vgl. Kapitel IV). Die Norm stellt für diese Konstellationen keinen datenschutzrechtlichen Auffangtatbestand dar, der nur deshalb zur Anwendung kommt, weil diese Stellen zu den Athleten gerade in keinem rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis stehen.

Hinzu kommt, dass es bezogen auf Gesundheitsdaten mit § 28 Abs. 7 BDSG eine vorrangige Spezialnorm gibt, deren Erlaubnistatbestände für den Bereich der Doping-Bekämpfung zugunsten der NADA bzw. der anderen ADO nicht einschlägig sind.

Am Fehlen eines berechtigten Interesses i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ändert auch die Tatsache nichts, dass das gemeinsame Ziel von WADA, NADA, ADO bzw. von Sportverbänden, nämlich den Einsatz von illegalen Dopingmitteln im Sportbereich zu verhindern, sich ohne Zweifel mit den Interessen der dopingfreien Athleten, der Bürger, des Staates sowie der Sportverbände und –vereine deckt. Dieses mit Blick auf den angestrebten dopingfreien „sauberen“ Sport positiv zu bewertende gemeinsame Interesse kann aber aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht dazu führen, dass der spezielle Schutzgehalt von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (und damit der verfassungsrechtlich indizierte Schutzrahmen des BDSG insgesamt) ausgehöhlt wird. Mit Blick auf das durch das BDSG geschützte Persönlichkeitsrecht der betroffenen Athleten wäre es zur Erreichung des Ziels eines dopingfreien Sports richtiger, eine verfassungskonforme gesetzliche Lösung zu finden, die die Interessen der Verbände und Vereine an der Vermeidung von Doping bzw. an der Aufdeckung von Dopingfällen in Einklang mit den garantierten Persönlichkeitsrechten der Sportler und insbesondere mit ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung bringen würde.

Eine andere datenschutzrechtliche Bewertung könnte sich bezogen auf die einzelnen Basketballvereine sowie auf den DBB bzw. die BBL ergeben, soweit diese unmittelbare rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zu einzelnen Athleten haben. Bei Vereinen kann sich dies aus bestehenden Verträgen mit Athleten ableiten und beim DBB bzw. bei der BBL aus den Lizenz- bzw. Teilnahmerechtsverträgen (zur Kollision mit den zivilrechtlichen Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen vgl. Kapitel IV Abschnitt 4.c). Ist diese Voraussetzung erfüllt, können im Einzelfall berechtigte Interessen i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG vorliegen, die eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten etwa zu Meldezwecken rechtfertigen. Ausgenommen hiervon bleiben entsprechend den vorstehenden Ausführungen allerdings besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG und damit insbesondere Informationen zur Gesundheit.

b) Überwiegende schutzwürdige Interessen der Betroffenen

Für die Anwendung des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG verbleibt damit aus datenschutzrechtlicher Sicht nur ein begrenzter Bereich. Ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten auf dieser Rechtsgrundlage zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich, ist zu prüfen, ob es Grund zu der Annahme gibt, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegen.

Wann das der Fall ist, wird im folgenden Teil der Untersuchung bewertet. Die Ausführungen gehen von der vertraglichen und datenschutzrechtlichen Situation aus, die zwischen Athleten und ihren Vereinen bzw. dem DBB und der BBL besteht.

Nur der Vollständigkeit halber werden darüber hinaus unabhängig von den vorstehenden Feststellungen die Verarbeitungsinteressen der NADA und der anderen ADO bewertet und bezogen auf Rechtspositionen der Athleten datenschutzrechtlich qualifiziert. Dies scheint notwendig, weil die Vorgaben der NADA zivilrechtliche Verpflichtungen für die unmittelbaren Vertragspartner der Athleten erzeugen. Die Feststellung

ist aber nicht so zu verstehen, dass zugunsten der NADA oder der anderen ADO eigenständige datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände existieren, die eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung rechtfertigen könnten.

Soweit nach den vorstehenden Ausführungen die Erforderlichkeit einer Erhebung oder Verwendung von personenbezogenen Daten zur Erfüllung der NADC gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG überhaupt bejaht werden kann, steht die Zulässigkeit einer auf dieser normativen Grundlage gewollten Erhebung, Speicherung, Veränderung oder Übermittlung personenbezogener Daten normativ unter dem Vorbehalt, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

Die Vorgabe der zweiten Zulässigkeitsvoraussetzung in § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG verpflichtet eine verantwortliche Stelle nicht dazu, für jeden Einzelfall eine individuelle Prüfung vorzunehmen, ob schutzwürdige Interessen von Betroffenen das eigene Interesse an einer Erhebung oder Verwendung von Daten überwiegen. Vielmehr wird eine summarische Prüfung für ausreichend erachtet.[52] Diese Prüfung muss aber in jedem Fall bewerten, welche negativen Auswirkungen die geplante Erhebung und Verwendung für Betroffene haben kann oder wird.[53] Sie muss sich unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausrichten.[54] Zugunsten der Betroffenen muss die Prüfung insbesondere die Vorgaben berücksichtigen, die das Bundesverfassungsgericht zur Ausfüllung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung formuliert hat.[55]

Verbinden sich mit Erhebungen oder Verarbeitungen von personenbezogenen Daten Eingriffe in Persönlichkeitsrechte der Betroffenen, muss diesen mit Blick auf das Recht

---

52 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 28 Rn. 28; Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 129; Roßnagel-*Duhr*, Abschnitt 7.5 Rn. 3

53 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 28 Rn. 130.

54 Vgl. zu § 32 Abs. 1 BDSG a.F. etwa Bundesgerichtshof vom 15.12. 83 (Aktz. III ZR 207/82), NJW 84, 1887.

55 Vgl. *Bundesverfassungsgericht vom 15.12.83 (Aktz. 1* BvR 209/83), BVerfGE 65, 1.

auf informationelle Selbstbestimmung auch im Rahmen der Abwägung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ein Ausnahmecharakter zukommen. Schutzwürdige Interessen werden im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung beispielsweise regelmäßig überwiegen, wenn besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG erhoben oder verarbeitet werden sollen oder wenn es sich um Informationen über minderjährige Betroffene handelt.[56]

Das Vorliegen überwiegender schutzwürdiger Interessen von Betroffenen kann für den hier zu bewertenden Sachzusammenhang bezogen auf eine Reihe von Themenfeldern gegeben sein, die sich unmittelbar aus den Vorgaben des NADC ableiten. Persönlichkeitsrechte der einer Überwachung nach dem NADC unterliegenden Athleten werden beispielsweise tangiert durch

- die umfassenden Meldepflichten gemäß Art. 5.3 NADC;
- die Art der Durchführung der durch Art. 5.4 NADC vorgegebenen Dopingkontrollen;
- den Umgang mit Meldeverstößen und mit Ergebnissen von Dopingkontrollen;
- die Möglichkeit der Veröffentlichung personenbezogener Daten von Athleten gemäß Art. 14.3. NADC, die auch Informationen über besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG einschließen kann;
- die Möglichkeiten der Verwertung vorhandener Daten für individuelle Sanktionsmaßnahmen gegen Athleten;
- die Möglichkeit der Information staatlicher Ermittlungsbehörden gemäß Art. 14.2 NADC.

---

56 So ausdrücklich *Bergmann/Möhrle/Herb* bezüglich der Vermarktung von Daten Minderjähriger; vgl. allgemein Simitis-*Simitis,* § 28 Rn. 132ff.

i. Umfassende Meldepflichten der Athleten

Das Dopingkontrollsystem der NADA setzt in seiner Grundkonzeption voraus, dass die betroffenen Athleten innerhalb sechzigminütiger Zeitfenster täglich überall angetroffen und kontrolliert werden können. Es ist zu bewerten, ob dieses Verfahren schutzwürdige Interessen der Athleten in einer Art verletzt, die die berechtigten Interessen der Doping-Kontrollinstanzen überwiegen.

Das Meldeverfahren soll Umgehungsmöglichkeiten ausschließen. Dies wird in Art. 1.1 Standard für Meldepflichten ausführt:

> „1.1 Es ist anerkannt und akzeptiert, dass (a) Unangekündigte Kontrollen das zentrale Element eines effektiven Dopingkontrollverfahrens sind und (b) eine entsprechende Dopingkontrolle ohne genaue Informationen über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit eines Athleten wirkungslos und oft unmöglich sein kann."

Für die Organisation und Durchführung der Dopingkontrollen bestehen nach Art. 5.1 NADC unterschiedliche Zuständigkeiten:

> „5.1 Zuständigkeit für die Organisation und Durchführung von Dopingkontrollen
>
> 5.1.1 Die NADA ist zuständig für die Organisation und Durchführung von Trainingskontrollen bei Athleten des Testpools der NADA und sonstiger dem Anwendungsbereich des NADC unterfallender Athleten. Ungeachtet dessen sind die WADA, das Internationale Olympische Komitee oder Internationale Paralympische Komitee im Zusammenhang mit den Olympischen Spielen oder den Paralympischen Spielen und der Internationale Sportfachverband des Athleten berechtigt, Trainingskontrollen zu organisieren und durchzuführen.
>
> 5.1.2 Für die Organisation und Durchführung von Dopingkontrollen Innerhalb des Wettkampfs ist die den Wettkampf veranstaltende Anti-Doping-Organisation zuständig, soweit die Zuständigkeit nicht der NADA übertragen wurde. Die NADA ist berechtigt, in Abstimmung mit der den Wettkampf veranstaltenden Anti-Doping-Organisation zusätzliche Dopingkontrollen während des Wettkampfs durchzuführen. Die Anti-Doping-Organisation informiert die NADA über ihre geplante Kontrolltätigkeit im Rahmen von Wettkämpfen, die sie veranstaltet."

Athleten, die von der NADA oder einer ADO gemäß Art. 5.2.1 NADC einem sog. Testpools zugeordnet worden sind, werden durch Art. 5.3 NADC Meldepflichten auferlegt:

> „5.3 Meldepflichten der Athleten und der Anti-Doping-Organisationen
>
> 5.3.1 Für die Planung effektiver Dopingkontrollen und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit für Dopingkontrollen müssen Athleten des Testpools der NADA die gemäß dem Standard für Meldepflichten vorgeschriebenen Angaben zu ihrem Aufenthaltsort und ihrer Erreichbarkeit machen.
>
> 5.3.2 Die Anti-Doping-Organisation stellt der NADA alle notwendigen Informationen zu Wettkämpfen sowie zentralen Trainingsmaßnahmen, an denen Athleten der Testpools der NADA teilnehmen, unverzüglich nach Festlegung der Termine zur Verfügung.“

Athleten, die dem RTP- oder dem NTP-Testpool angehören, werden durch den NADA-Standard für Meldepflichten weitgehende Verpflichtungen zur Abgabe von Informationen auferlegt. Sie müssen nach Art. 3.1 (RTP) bzw. nach Art. 3.2 (NTP) des NADA-Standards für Meldepflichten Quartalsmeldungen einreichen, die mindestens die folgenden Informationen enthalten:

> „3.1.1 Athleten des RTP müssen vor Beginn eines jeden Quartals jeweils zum 25. des Vormonats (das heißt zum 25. Dezember, 25. März, 25. Juni und 25. September eines jeden Jahres) Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit machen, die mindestens folgende Informationen enthalten:
>
> (a) Eine vollständige Postanschrift, die im offiziellen Schriftverkehr zur Benachrichtigung des Athleten genutzt werden kann;
> (b) die E-Mail-Adresse des Athleten;
> (c) eine Telefonnummer, durch die die telefonische Erreichbarkeit des Athleten sichergestellt ist;
> (d) eine spezifische Bestätigung der Einwilligung des Athleten zur Weitergabe seiner Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit an andere Anti-Doping-Organisationen, die befugt sind, ihn einer Probenahme zu unterziehen (siehe Artikel 14.6 NADC);
> (e) für jeden Tag des folgenden Quartals die vollständige Adresse des Ortes, an dem der Athlet wohnen wird (beispielsweise Wohnung, vorübergehende Unterkünfte, Hotel etc.);
> (f) für jeden Tag des folgenden Quartals Namen und Adresse jedes Ortes, an dem der Athlet trainieren, arbeiten oder einer anderen regelmäßigen Tätigkeit nachgehen wird (beispielsweise Schule) sowie die üblichen Zeiten für diese regelmäßigen Tätigkeiten; und
> (g) den Wettkampfplan des Athleten für das folgende Quartal, einschließlich des Namens und der Adresse jedes Ortes, an dem der Athlet während des Quartals

> an Wettkämpfen teilnehmen wird, sowie die Daten, zu denen er an diesen Orten an Wettkämpfen teilnehmen wird."

Die Athleten, die zum RTP-Testpool gehören, müssen nach den Art. 3.1.2 und 3.1.3 NADA-Standard für Meldepflichten detaillierte weitere Angaben zu ihrer Erreichbarkeit (sog. „Whereabouts") machen, die sich mit Ausnahme eines täglichen Zeitfensters zwischen 23:00 und 6:00 jeweils auf Zeiträume von sechzig Minuten beziehen.

> „3.1.2 Die Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit müssen für jeden Tag des folgenden Quartals ein bestimmtes 60-minütiges Zeitfenster zwischen 6 und 23 Uhr enthalten, zu dem der Athlet an einem bestimmten Ort für Dopingkontrollen erreichbar ist und zur Verfügung steht.
>
> 3.1.3 Bei seinen Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit muss der Athlet sicherstellen, dass alle geforderten Informationen genau und detailliert genug sind, damit der Athlet an jedem Tag des Quartals einschließlich, aber nicht ausschließlich, während des für diesen Tag angegebenen 60-minütigen Zeitfensters für Dopingkontrollen aufgefunden werden kann."

Die Meldeverpflichtungen der Athleten aus dem NTP-Testpool sind gegenüber denen des RTP-Testpool reduziert. Gemäß Art. 3.2.2 NADA-Standard für Meldepflichten gilt für diese Gruppe bezüglich der Erreichbarkeit

> „Bei seinen Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit muss der Athlet sicherstellen, dass alle geforderten Informationen genau und detailliert genug sind, damit er für Dopingkontrollen aufgefunden werden kann."

Die Athleten aus dem RTP- bzw. dem NTP-Testpools müssen die geforderten Angaben über Aufenthaltsort bzw. Erreichbarkeit gemäß Art. 3.8 des NADA-Standards für Meldepflichten grundsätzlich online in das elektronische System ADAMS eingeben und aktualisieren. Dieses System ist physikalisch in Kanada[57] angesiedelt und wird von der WADA betrieben. In Ausnahmefällen, in denen dem Athleten bei kurzfristigen Änderungen kein Internetzugang zur Verfügung steht, können Aktualisierungen der notwendigen Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit gemäß Art. 3.8 NADA-

---

57 Vgl. www.wada-ama.org/en/ADAMS/

Standard für Meldepflichten gegenüber der NADA telefonisch oder per SMS vorgenommen werden.

Verstöße gegen die stundengenaue Meldeverpflichtung können gemäß Art. 4.2 NADA-Standard für Meldepflichten i.V.m. den Art. 2.3, 2.5 und 10.3 NADC zu erheblichen Sanktionen bis hin zu einer 2-jährigen Sperre führen.

Durch Art. 4.3 Buchstabe (e) NADA-Standard für Meldepflichten wird eine Beweislastumkehr zu Ungunsten der Athleten verankert. Um die angesprochenen Sanktionen im Einzelfall zu vermeiden, müssen sie den Verdacht eines schuldhaften oder fahrlässigen Handelns widerlegen:

> „(…) Fahrlässigkeit wird vermutet, sofern die in Artikel 4.3(a) bis (d) aufgeführten Tatsachen feststehen. Diese Vermutung kann von dem betroffenen Athleten nur widerlegt werden, wenn er nachweisen kann, dass kein fahrlässiges Verhalten seinerseits dazu führte oder dazu beitrug, dass er
>
> (i) während des Zeitfensters nicht an diesem Ort für eine Dopingkontrolle zur Verfügung stand und
>
> (ii) er seine letzten Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit nicht aktualisiert hat, um einen anderen Ort anzugeben, an dem er sich stattdessen für Dopingkontrollen während des angegebenen 60-minütigen Zeitfensters für den entsprechenden Tag bereithält.“

Kommt es zu Verstößen gegen die nach den NADA-Standard für Meldepflichten bestehenden Verpflichtungen, kann nach dessen Art. 6.3 Absatz 2 eine Weitergabe entsprechender Informationen im nationalen Rahmen erfolgen:

> „Ungeachtet dessen kann die NADA den nationalen Sportfachverbänden zu jeder Zeit Informationen zu möglichen Meldepflicht- und Kontrollversäumnissen ihrer Athleten offen legen.“

Im Ergebnis obliegen Athleten aus dem RTP-Testpool umfassenden und detaillierten Meldepflichten.

Ein diesem Testpool zugeordneter Sportler muss beispielsweise gemäß der Kommentierung zu Art. 3.1.1. Buchstabe (f) NADA-Standard für Meldepflichten auch den Ort bezeichnen

> „ … wo er am Ende des Tages zu Bett gehen wird.“

Die umfassenden Meldepflichten sind für den RTP Testpool lediglich während der Nachtzeit zwischen 23:00 und 6:00 Uhr suspendiert.

Die bestehenden Verpflichtungen zur Informationsübermittlung sind sehr weitgehend und umfassen beispielsweise auch Angaben zur individuellen Gesundheit. So wird in der Kommentierung zu Art. 3.1.1. Buchstabe (g) im Anhang I des NADA-Standards für Meldepflichten beispielhaft darauf hingewiesen, dass Name und Anschrift einer besuchten Physiotherapie ebenso mitzuteilen sind wie entsprechende Informationen zu einem Reha-Programm.

Die detailliert ausgestalteten Meldepflichten haben zur Folge, dass das tägliche Verhalten der betroffenen Athleten für alle Personen, die Zugriff auf die in ADAMS gespeicherten Daten haben, vollständig transparent wird. Neben NADA und WADA können auf diese Daten auch andere ADO zugreifen.

Mit Hilfe der ADAMS-Daten lässt sich sowohl ein vollständiges Bild der Sozialbeziehungen und Interessen (Persönlichkeitsprofil) von Athleten herstellen als auch eine detaillierte Übersicht ihrer individuellen Tagesabläufe und Mobilitätsaktivitäten gewinnen (Bewegungsprofil). Mit Blick auf die gravierenden Sanktionsandrohungen können Athleten sich den Meldepflichten in der Praxis nicht entziehen. Es besteht ein faktischer Zwang, dem sie nur um den Preis entgehen können, ihren Beruf als Sportler aufzugeben.

Die Beachtung der Meldepflichten hat für Athleten in Einzelfällen gravierende Folgen. Da sie beispielsweise längere Arztbesuche melden müssen, offenbaren sie gesundheitliche Probleme, die keinen Bezug zum Anti-Doping-Programm haben, aus denen

sich aber weitreichende Schlüsse ziehen lassen. Wird etwa ein Facharzt für Onkologie besucht, deutet dies auf eine ernsthafte Erkrankung hin. Der angemeldete Besuch einer Sportlerin bei einer Gynäkologin und ein ebenfalls gemeldeter anschließender Gang zu einer Hebamme verrät viel über deren persönliche und vertrauliche Situationen, ist aber für Anti-Doping Bemühungen irrelevant.

Ähnliche Erkenntnisse entstehen in anderen Lebensbereichen. Meldepflichtigen Athleten ist es etwa nicht mehr möglich, sich unerkannt einer Therapie gegen Internetsucht zu unterziehen, wenn die notwendigen Therapiesitzungen länger als sechzig Minuten dauern. Die Anmeldung eines Besuchs bei einem fachlich auf bestimmte Themen spezialisierten Rechtsanwalts in ADAMS lässt Rückschlüsse darauf zu, welche rechtlichen Probleme ein Athlet hat. Besondere Schwierigkeiten könnten sich ergeben, wenn ein Rechtsanwalt aufgesucht wird, der auf den Umgang mit Doping-Vorwürfen spezialisiert ist. Die Meldung in ADAMS kommt hier einer Selbstbelastung oder Selbstbezichtigung gleich, vor der Bürger verfassungsrechtlich geschützt sind (vgl. Kapitel II.2.b.i.).

Aus den Meldedaten lässt sich beispielsweise auch auf eine politische oder gewerkschaftliche Positionierung schließen, wenn Athleten einschlägige Veranstaltungen oder Schulungen besuchen, deren zeitliche Dauer Meldepflichten auslösen. Diese Informationen mögen NADA und andere ADO für notwendig halten, um Athleten jederzeit auffinden zu können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht handelt es sich indes um besondere Arten personenbezogener Daten i.S.v. § 3 Abs. 9 BDSG, die juristisch herausragend geschützt und einem umfassenden Zugriff entzogen sind.

Die Ausgestaltung der Mitteilungspflichten zu Lasten der Athleten steht im unmittelbaren Widerspruch zu ihrem durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht. Dieses beinhaltet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, soweit nicht die Rechte anderer verletzt werden und nicht gegen die verfassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird.

Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn. Geschützt ist unabhängig von ihrem Gewicht für die Persönlichkeitsentfaltung jede Form menschlichen Handelns.[58] Einschränkungen des verfassungsrechtlichen Schutzes können sich nur in den Fällen ergeben, die im zweiten Halbsatz des Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich aufgeführt sind.

Einen absoluten verfassungsrechtlichen Schutz genießt der Kernbereich privater Lebensgestaltung, der jeglicher Einwirkung öffentlicher Gewalt entzogen ist.[59] Hierzu gehört das Recht, ein Eindringen oder einen Einblick anderer in den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung auszuschließen.[60]

Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet bezogen auf den Kernbereich nicht statt.[61]

Vom Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG wird die Privat- und Geheimsphäre von Menschen erfasst.[62] Herausragend geschützt ist die Intimsphäre der Menschen.[63] Ein besonderer Schutz leitet sich aus dem Grundrecht für Minderjährige ab.[64]

Das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht kann im Einzelfall durch rechtlich vorgeschriebene Auskunftspflichten verletzt werden, wenn Auskunftspflichtige in den Konflikt geraten, sich mit Mitteilungen einerseits selbst zu bezichtigen bzw. andererseits gerade durch eine Falschaussage ein Delikt zu begehen.[65] Ein solcher „Zwang zur Selbstbelastung oder Selbstbezichtigung“ berührt aber die Würde der

---

58 *Bundesverfassungsgericht* vom 6.6.89 (Aktz.: 1 BvR 921, 85), BVerfGE 89, 137.

59 Vgl. grundlegend *Bundesverfassungsgericht* vom 16.1.57 (Aktz.: 1 BvR 253/56), BVerfGE 6, 32; vgl. auch *Bundesverfassungsgericht* vom 6.6.89, a.a.O.

60 Vgl. *Bundesverfassungsgericht* vom 5.6.73 (Aktz.: 1 BvR 536/72), NJW 73, 1227.

61 *Bundesverfassungsgericht* vom 31.1.73 (Aktz.: 2 BvR 454/71), NJW 73, 891.

62 Vgl. Leibholz/Rinck, Artikel 2 Rn. 31 m.w.N. zur Rechtsprechung.

63 Vgl. *Bundesverfassungsgericht* vom 11.4.73 (Aktz.: 2 BvR 701/72), BVerfGE 35, 35.

64 Vgl. *Bundesverfassungsgericht* vom 14.10.08 (Aktz.: 1 BvR 928/08), BVerfGK 14, 328.

65 Vgl. Leibholz/Rinck, Art. 2 Rn. 75.

Menschen, deren Aussage als Mittel gegen sie selbst verwendet werden kann, in unzulässiger Art und Weise.[66] Die deutsche Rechtsordnung kennt zwar keinen absoluten Schutz vor zwangsweiser Erteilung von Auskünften, wohl aber einen weit gefassten Schutz gegen Selbstbelastungen für Zeugen, Prozessparteien und Beschuldigte in Strafverfahren oder in entsprechenden Verfahren.[67]

Unabhängig von der Frage einer zulässigen bzw. unzulässigen Selbstbelastung gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausformung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem Einzelnen weiterhin die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Einschränkungen dieses Rechts sind nach der Aussage des Bundesverfassungsgerichts im sog. „Volkszählungsurteil“ vom 15.12.1983[68] im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen. Allerdings knüpft das Gericht die Zulässigkeit entsprechender Einschränkungen an hohe Voraussetzungen.

> “Sie bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muß. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch hat er organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.“[69]

Die vom Bundesverfassungsgericht in Ausfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 GG erarbeiteten Grundsätze müssen nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im sog. „Lembach-Urteil“[70] auch im Bereich des Zivilrechts Berücksichtigung finden.

---

66 *Bundesverfassungsgericht* vom 13.1.81 (Aktz.: 1 BvR 116/77), NJW 81, 1431.

67 Vgl. Leibfried/Rinck, Art. 2 Rn. 77; grundlegend zu bestehenden Schweige- und Aussageverweigerungsrechten *Bundesverfassungsgericht* vom 13.1.81, a.a.O..

68 *Bundesverfassungsgericht* vom 15.12.83 (Aktz.: 1 BvR 209/83), BVerfGE 65, 1.

69 *Bundesverfassungsgericht*, a.a.O.

70 *Bundesverfassungsgericht* vom 5.6.73 (Aktz.: 1 BvR 536/72), BVerfGE 35, 202.

> „Diese in der Rechtsprechung zu Maßnahmen öffentlicher Gewalt entwickelten Grundsätze müssen entsprechend beachtet werden, wenn es sich um die gerichtliche Entscheidung über kollidierende Interessen nach Vorschriften des Privatrechts handelt.“

In einem anderen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.6.91[71] wird zu diesem Thema ausgeführt:

> „Geschützt ist das so gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur vor direkten staatlichen Eingriffen. Es entfaltet als objektive Norm seinen Rechtsgehalt auch im Privatrecht und strahlt in dieser Eigenschaft auf die Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften aus. Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob von der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Einzelfall Grundrechte berührt werden. Trifft das zu, dann hat er diese Vorschriften im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden (vgl. BVerfGE 7, 198 <206>; 81, 40 <52>).“

Wendet man die vorstehend beschriebenen Grundsätze und Ausführungen der Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen des durch Art. 2 Abs. 1 GG der Persönlichkeitsrechte insbesondere auf den NADA-Standard für Meldepflichten an, wird deutlich, dass verfassungsrechtliche geschützte Persönlichkeitsrechte der betroffenen Athleten mehrfach in unzulässiger Art und Weise verletzt werden.[72]

So kollidiert die im Rahmen des Meldeverfahrens gemäß Art. 3.1 bzw. 3.2. NADA-Standard für Meldepflichten von den zu den RTP- und NTP-Testpools gehörenden Athleten geforderte Vorab-Quartalsmeldung unmittelbar mit dem durch Art. 2 Abs. 1 GG garantiertem Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung. Müssen Athleten beispielsweise in das System ADAMS sowohl Informationen dazu eingeben, wo sie sich im Privatleben, d.h. außerhalb ihrer unmittelbar sportbedingten Trainings- und Wettkampfaktivitäten aufhalten, führt dies zu einer Beeinträchtigung und Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs ihrer privaten Lebensgestaltung.

---

[71] *Bundesverfassungsgericht* vom 11.6.91 (Aktz.: 1 BvR 239/90), NJW 91, 2411.

[72] Ähnlich *Buchner,* DuD 09, 475.

Durch das Meldeverfahren wird die durch Art. 2 Abs. 1 GG besonders geschützte Privat- und Geheimsphäre der Athleten beeinträchtigt, wenn nicht gar aufgehoben. Wenn ihnen keine Möglichkeit verbleibt, ohne Kenntnis anderer Personen vertrauliche Kontakte zu Ärzten, Anwälten, Therapeuten, Seelsorgen, Journalisten usw. oder auch nur zu guten Freunden aufzunehmen, stellt dies mit Blick auf den durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten absoluten Schutzbereich eine nicht hinnehmbare Verletzung ihres geschützten Persönlichkeitsrechts dar.

Entsprechendes gilt für die Ausgestaltung intimer Lebensbereiche wie insbesondere dem Sexualleben. Der für diesen besonders sensiblen Bereich verfassungsrechtlich garantierte Schutz wird aufgehoben, wenn etwa ein überwachter Athlet dem ADAMS-System mitteilen muss, dass er zusammen mit einer Person, die er gerade kennengelernt hat, auf dem Weg in deren Wohnung ist. Hinzu kommt, dass er durch die Meldung der Anschrift dieser Person auch in unzulässiger Form in deren Persönlichkeitsrechte eingreifen würde.

Das Meldeverfahren birgt in Verbindung mit der in Art. 3.2.4 Buchstabe (d) NADA-Standard für Meldepflichten enthaltene Beweislastumkehr zudem die Gefahr einer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Selbstbelastung in sich. Diese leitet sich aus der Verpflichtung der Athleten ab, ihren Aufenthaltsort und dessen Änderungen aktuell in das ADAMS-System eingeben zu müssen. Kommen sie beispielsweise der Aktualisierungspflicht gemäß Art. 3.8 NADA-Standard für Meldepflichten nach, müssten sie für die Fälle zeitintensiver Kontakte offenlegen, dass sie einen Rechtsanwalt aufsuchen, der Spezialist für die Vertretung ertappter Dopingtäter ist, oder einen wegen eines Doping-Deliktes gesperrten Sportler. Aus beiden Sachverhalten könnten Personen, die Zugriff auf das ADAMS-System haben, den Schluss ziehen, dass ein Doping-Fall vorliegen könnte und in der Folge gezielte Kontrollen durchführen. Diese Konsequenz mag zwar Ziel von Anti-Doping-Verfahren sein. Sie steht aber im Widerspruch zum verfassungsrechtlich garantierten Schutz vor Selbstbelastungen (vgl. Kapitel

II.2.b.i.) und würde unzulässig in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Athleten eingreifen.

Die aktuelle Ausgestaltung des Meldeverfahrens steht zudem im Widerspruch zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Die meldepflichtigen Athleten haben bei der Eingabe ihrer Daten in das System ADAMS keine realistische Möglichkeit, zu entscheiden, wer die von ihnen eingebenden Informationen erhält und wer nicht. Ihre Auskunftsrechte beschränken sich vielmehr auf allgemeine Informationen, die teilweise hinter einschlägigen Vorgaben des BDSG zurück bleiben. Dies verdeutlicht der NADA-Standard für Datenschutz vom 1. Juli 2010.[73] Dort heißt es in Art. 9:

> „ARTIKEL 9: RECHTE DER TEILNEHMER UND ANDERER PERSONEN
>
> 9.1 Die Teilnehmer oder die andere Person, der die personenbezogenen Daten zuzuordnen sind, haben das Recht, von den Anti-Doping-Organisationen
>
> (a) Auskunft darüber zu erhalten, ob die Anti-Doping-Organisationen personenbezogene Daten über sie verarbeiten,
>
> (b) Auskunft über die Daten gemäß Artikel 5.1 zu erhalten und
>
> (c) innerhalb einer angemessenen Zeit eine schriftliche Mitteilung über die entsprechenden personenbezogenen Daten in einer leicht und allgemein verständlichen Fassung zu erhalten, soweit dies die Anti-Doping-Organisation im konkreten Einzelfall nicht bei der Organisation und Durchführung unangekündigter Dopingkontrollen oder der Verfolgung und Feststellung von Verstößen gegen Anti-Doping-Bestimmungen behindert.
>
> 9.2 Die Anti-Doping-Organisationen müssen auf Ersuchen von Teilnehmern oder anderen Personen, denen die personenbezogenen Daten zuzuordnen sind, Auskunft erteilen, es sei denn, dies belastet die Anti-Doping-Organisation unverhältnismäßig.
>
> 9.3 Sollte eine Anti-Doping-Organisation einem Teilnehmer oder einer anderen Person, der die personenbezogenen Daten zuzuordnen sind, den Zugang zu seinen/ihren personenbezogenen Daten verwehren, informiert sie den Teilnehmer oder die andere Person darüber und begründet die Ablehnung unverzüglich schriftlich. In diesem Fall ist der Betroffene darauf hinzuweisen, dass er sich an die zuständige Aufsichtsbehörde wenden kann. Die Anti-Doping-Organisationen stellen sicher, dass die Teilnehmer oder die anderen Personen nur personenbe-

---

73 Standard für Datenschutz der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland Version 2.0, 1. Juli 2010, o.O. (vgl. http://www.nada-bonn.de/nc/aktuelles/nachrichten/artikel/arti-kel/neuer-standard-fuer-datenschutz/102/?cHash=a7d794e7ac)

> zogene Daten über sich selbst und nicht über andere Teilnehmer oder andere Personen erhalten.“

Dieser Auskunftsanspruch gibt Athleten zwar die Möglichkeit, Informationen über den Verbleib ihrer Daten zu erhalten. Die Regelung bleibt aber hinter zwingenden Vorgaben des BDSG zurück. Dies wird am Beispiel des Art. 9.2 NADA-Standard für Datenschutz deutlich, nach dem eine Auskunftserteilung verweigert werden kann, wenn sie eine „unverhältnismäßige Belastung“ für die anderen ADO darstellt. Dies steht im Widerspruch zum weit gefassten Auskunftsanspruch gemäß § 34 BDSG. Entsprechendes gilt für eine Verweigerung der Auskunft gemäß 9.3 NADA-Standard für Datenschutz, der sich in § 34 BDSG in dieser Form nicht wiederfindet.

Eine Möglichkeit einer aktiven Entscheidung darüber, wer welche personenbezogenen Daten aus ADAMS erhalten kann, wird den Athleten weder durch den NADA-Standard für Datenschutz noch durch eine andere Regelung eingeräumt. Damit sind sie nicht in der Lage, ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber ihrem Verein oder Verband bzw. gegenüber der NADA oder den anderen ADO wahrzunehmen und nur bestimmte Zugriffe zuzulassen bzw. andere abzuwehren. Verschärft wird ihre Situation dadurch, dass die von ihnen einzugebenden Informationen auf einem Computersystem verarbeitet werden, das in Kanada angesiedelt ist und damit außerhalb des Anwendungsbereichs des BDSG (vgl. zur Auftragsverarbeitung Kapitel V).

Gefährdungen für die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Athleten leiten sich zudem aus dem Detaillierungsgrad der persönlichen Angaben ab, die verlangt werden. Die zum RTP- bzw. zum NTP-Testpool gehörenden Athleten müssen gemäß der Art. 3.1.1 Buchstabe (f) bzw. 3.2.1 Buchstabe (f) NADA-Standard für Meldepflichten angeben

> „für jeden Tag des folgenden Quartals die vollständige Adresse des Ortes, an dem der Athlet wohnen wird (beispielsweise Wohnung, vorübergehende Unterkünfte, Hotel etc.)“

Aus den Erläuterungen zu diesem Art. in Anhang II zum NADA-Standard für Meldepflichten folgt, dass der Athlet den Ort benennen muss,

> „… wo er am Ende des Tages zu Bett gehen wird.“

Alle Stellen, die tatsächlich auf die ADAMS-Daten zugreifen können, erhalten im Ergebnis des Meldeverfahrens umfangreiche Einblicke in die Privatsphäre der Sportler, die selbst staatlichen Strafverfolgungsbehörden nicht gestattet wären – wobei es sich bei den dem NADC unterworfenen Athleten weder um überführte Straftäter, noch um auch nur eines Vergehens Verdächtige handelt.

Das von der NADA vorgegebene Meldeverfahren verletzt die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privat-, Geheim- und Intimsphäre der Athleten, indem es sie zwingt, in ADAMS mittelbar Informationen über Freundschaften und Intimpartner einzugeben wie beispielsweise deren Anschrift nebst Namen auf dem Türschild. Mit Blick darauf, dass etwa bei Mannschaftssportarten die gleichgeschlechtliche sexuelle Ausrichtung von Athleten immer noch zu Problemen für die Betroffenen führen kann, werden Sportler vor diesem Hintergrund mit hoher Wahrscheinlichkeit davon absehen, die Anschrift von gleichgeschlechtlichen Intimpartnern zu benennen und Ausweichstrategien für das private Beisammensein suchen. Da diese möglicherweise sanktionsbedroht sind, setzen sie sich aufgrund ihrer sexuellen Ausrichtung in diesen Fällen einem hohen persönlichen Risiko aus, das letztlich durch das von der NADA vorgeschriebene Meldeverfahren ausgelöst wird. Der NADA-Standard für Meldepflichten steht insoweit im Widerspruch zum Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG. Er verletzt die geschützten Persönlichkeitsrechte der betroffenen Athleten in mehrfacher Hinsicht. Soweit diese Verletzungen den besonders geschützten Kernbereich der Persönlichkeitssphäre, den Intimbereich oder den Schutz vor Selbstbelastungen betreffen, gibt es hierfür im Ergebnis einer Interessenabwägung keine verfassungsrechtliche Legitimation.

Diese Einschätzung führt bezogen auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG unmittelbar zu der Feststellung, dass bestehenden berechtigten Interessen an der Durchführung des NADA-

Meldeverfahrens überwiegende schutzwürdige Interessen der betroffenen Athleten gegenüber stehen. Weder die Vereine, zu denen Athleten eine rechtsgeschäftliche Verbindung haben, noch der DBB sowie NADA oder andere ADO können sich vor diesem Hintergrund auf die datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG berufen.

ii. Durchführung der Dopingkontrollen gemäß Art. 5.4 NADC

Ausgehend davon, dass ein berechtigtes Interessen an der Durchführung von Dopingkontrollen besteht, ist mit Blick auf den Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSDG auch zu prüfen, ob dem durch Art. 5.4 NADC vorgegebenen Verfahren der Probenentnahme überwiegende schutzwürdige Interessen der Athleten entgegenstehen.

Der NADC sieht die Durchführung von Dopingkontrollen in Art. 5.4 vor.

> „5.4 Durchführung von Dopingkontrollen
>
> 5.4.1 Die Durchführung der Dopingkontrollen richtet sich nach dem Standard für Dopingkontrollen.
>
> 5.4.2 Dopingkontrollen sind vorrangig als Zielkontrollen und, außer bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, unangekündigt durchzuführen.“

Das Verfahren zur Durchführung von Dopingkontrollen ist in den Art. 5ff. NADA-Standard für Dopingkontrollen sowie in den Anlagen zu diesem Standard festgelegt. Dabei handelt es sich um Vorgaben zur praktischen Durchführung von Urin- und ggf. auch von Blutproben, nicht aber bereits um die Erhebung von Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG. Außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen gemäß § 3 Abs. 11 BDSG kommt das BDSG auf die praktische Durchführungsphase so lange nicht zur Anwendung, wie keine Eingabe der gewonnenen Daten in Datenverarbeitungssysteme erfolgt. Dies folgt aus § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG, der auf den Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung abstellt. Deshalb unterbleibt eine datenschutzrechtliche Bewer-

tung dieser Frage an dieser Stelle. Sie ist aber bezogen auf Beschäftigungsverhältnisse geboten. Dies folgt aus der Regelung in § 32 Abs. 2 BDSG, durch die nicht automatisierte Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des BDSG gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG einbezogen werden (vgl. Kapitel III Abschnitt 3.c).

iii. Meldeverstöße und Ergebnisse von Dopingkontrollen

Kommt es zu einem Verstoß gegen die gemäß Art. 3.1ff. NADA-Standard für Meldepflichten bestehenden Meldeverpflichtungen oder fällt eine Doping-Probe positiv aus, sind diese Ereignisse nach den Vorgaben in Art. 6 NADA-Standard für Meldepflichten bzw. in Art. 7.1.4 NADC der NADA bzw. den anderen ADO mitzuteilen. Bezogen auf mögliche oder tatsächliche Verstöße leiten sich aus Art. 14.1 NADC weitgehende Informationsberechtigungen ab:

> „14.1 Information anderer Anti-Doping-Organisationen
>
> Anti-Doping-Organisationen sind über ihre im NADC festgelegten Informationspflichten hinaus berechtigt, sich gegenseitig sowie die WADA über mögliche und tatsächliche Verstöße gegen Anti-Doping-Bestimmungen durch Athleten oder andere Personen und die Ergebnisse des Ergebnismanagements und des Disziplinarverfahren zu informieren.“

Wenn man für diese Datenerhebungen, –verarbeitungen und –nutzungen entgegen der vorstehend dargelegten Auffassung (vgl. Kapitel II Abschnitt 1) das Vorliegen eines berechtigten Interesse unterstellt, wäre dieses Vorgehen auf der Grundlage der Erlaubnisnorm § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG nur zulässig, wenn kein überwiegendes schutzwürdiges Interessen der Betroffenen daran besteht, dass diese Verarbeitungsprozesse gerade nicht erfolgen.

Bezieht sich die Datenerhebung und –verarbeitung auf einen Verstoß gegen die gemäß Art. 3 NADA-Standard für Meldepflichten bestehenden Mitteilungspflichten, kann ein schutzwürdiges Interesse bestehen, wenn ein Athlet Angaben nicht macht,

weil diese vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst werden (vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt 2.b.i.). Wird etwa die nach den Art. 3.1 und 3.2 NADA-Standard für Meldepflichten für den RTP- und den NTP-Testpool bestehende Verpflichtung zur Angabe des aktuellen Aufenthaltsortes verletzt, weil Athleten mit der vorgeschriebenen Meldung Informationen aus dem schützenswerten Kernbereich ihrer Privatsphäre preisgeben müssten, ist davon auszugehen, dass sie ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der Unterlassung der Meldung haben. Dieses überwiegt im Einzelfall möglicherweise bestehende berechtigte Interessen des Vereins oder Verbandes der Athleten, aber auch die von NADA oder anderen ADO.

Bezieht sich die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten auf positive Ergebnisse von Dopingtests, handelt es sich um Daten über die Gesundheit und damit um besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG. Die Eingabe dieser Informationen in ein Datenverarbeitungssystem wie ADAMS kann nicht auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden. Die Zulässigkeit ihrer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung bestimmt sich vielmehr nach den speziellen Erlaubnistatbeständen in § 28 Abs. 6 und 7 BDSG. Die dort genannten Voraussetzungen für eine Verarbeitung sind schon deshalb nicht erfüllt, weil es für Anti-Dopingmaßnahmen keine gesetzlichen Grundlagen gibt (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.b).

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten über Meldeverstöße oder positive Doping-Proben findet folglich weder in § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG noch in den bereichsspezifischen Regelungen von § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG ihre datenschutzrechtliche Begründung. Es gibt damit bezogen auf die Anwendung von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG Grund zu der Annahme, dass schutzwürdige Interessen der Athleten überwiegen, soweit es um Meldeverstöße oder vergleichbare Vorfälle geht. Bezogen auf positive Ergebnisse von Doping-Tests scheidet diese Vorschrift mit Blick auf die bereichsspezifischen Regelungen zum Umgang mit Gesundheitsdaten als allgemeine Erlaubnisnorm aus. Aus den engen Erlaubnistatbeständen in § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG folgt ebenfalls keine datenschutzrechtliche Legitimation zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung

dieser Daten. Diese normativen Gegebenheiten stehen der Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der entsprechenden Daten zu Mitteilungs- und Informationszwecken abschließend entgegen.

iv. Öffentliche Bekanntmachung von Doping-Verstößen

Überwiegende schutzwürdige Interessen von Betroffenen können der öffentlichen Bekanntmachung des Verdachts auf das Vorliegen eines Doping-Verstoßes entgegen stehen, wenn diese auf die datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden.

Art. 14.3 NADC sieht vor, dass die Namen von Athleten, denen Doping-Verstöße vorgeworfen werden, unter bestimmten Voraussetzungen veröffentlicht werden dürfen.

> „14.3 Information der Öffentlichkeit
>
> 14.3.1 Die Identität eines Athleten oder einer Person, dem/der von einer Anti-Doping-Organisation vorgeworfen wird, gegen Anti-Doping-Bestimmungen verstoßen zu haben, darf von der Anti-Doping-Organisation, die für das Ergebnismanagement zuständig ist, und der NADA nur offengelegt werden, nachdem der Athlet oder die andere Person gemäß Art. 7.2, 7.3 oder 7.4, und die zuständige Anti-Doping-Organisation gemäß Art. 7 oder 14.1 benachrichtigt wurde.
>
> 14.3.2 Spätestens zwanzig (20) Tage, nachdem die Entscheidung ergangen ist, dass ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorliegt oder gegen die Entscheidung des Disziplinarorgans kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden kann, soll die für das Ergebnismanagement zuständige Anti-Doping-Organisation die Entscheidung Veröffentlichen und dabei insbesondere Angaben zur Sportart, zur verletzten Anti-Doping-Bestimmung, zum Namen des Athleten oder der anderen Person, der/die den Verstoß begangen hat, zur Verbotenen Substanz oder zur Verbotenen Methode sowie zu den Konsequenzen machen. Dieselbe Anti-Doping-Organisation soll ebenfalls innerhalb von zwanzig (20) Tagen Entscheidungen zu einem Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen Veröffentlichen, die im Rechtsbehelfsverfahren ergangen sind. Ferner übermittelt die Anti-Doping-Organisation sämtliche Entscheidungen aus Disziplinarverfahren und Rechtsbehelfsverfahren innerhalb des Veröffentlichungszeitraums an die WADA.
>
> 14.3.3 Wenn nach einem Disziplinarverfahren oder Rechtsbehelfsverfahren festgestellt wird, dass ein Athlet oder eine andere Person nicht gegen Anti-Doping-Bestimmungen verstoßen hat, darf die Entscheidung nur mit Zustimmung des Athleten oder einer anderen Person veröffentlicht werden, der/die von der Entscheidung betroffen ist. Die für das Ergebnismanagement zuständige Anti-

> Doping-Organisation unternimmt angemessene Anstrengungen, um diese Zustimmung zu erhalten, und veröffentlicht die Entscheidung nach Erhalt der Zustimmung entweder ganz oder in einer von dem Athleten oder einer anderen Person gebilligten gekürzten Form.
>
> 14.3.4 Eine Anti-Doping-Organisation oder ein von der WADA akkreditiertes Labor darf öffentlich nicht zu Einzelheiten eines laufenden Verfahrens, mit Ausnahme von allgemeinen Beschreibungen verfahrenstechnischer, rechtlicher und wissenschaftlicher Natur, Stellung nehmen, es sei denn, dies geschieht in Reaktion auf öffentliche Stellungnahmen des Athleten, einer anderen Person oder ihrer Vertreter.“

Art. 14.3 NADC sieht nicht nur die Veröffentlichung des Namen eines des Dopings verdächtigten Athleten vor, sondern auch weitergehende Informationen zu verwendeten verbotenen Substanzen etc. Es könnten im Ergebnis somit Gesundheitsdaten offenbart werden. Voraussetzung hierfür soll gemäß Art. 14.3.1 NADC lediglich sein, dass der Athlet vorher benachrichtigt wurde. Aus Art. 14.3.2 NADC leitet sich darüber hinaus ab, dass die NADA oder die jeweilige ADO zwanzig Tage nach einer „rechtskräftigen“ Entscheidung über das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Anti-Doping-Bestimmungen neben dem Namen des betroffenen Athleten auch Angaben zu den verwendeten verbotenen Substanzen machen kann. Durch Art. 14.3.4. NADC werden auch den anderen ADO sowie den bei der WADA akkreditierten Labors Möglichkeiten der öffentlichen Reaktion auf Stellungnahmen von Athleten eingeräumt.

Diese möglichen Veröffentlichungen stehen aus datenschutzrechtlicher Sicht im Widerspruch zu überwiegenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen Athleten. Hierfür sprechen insbesondere die praktischen Konsequenzen, die eine Veröffentlichung für die Betroffenen hätte. Bereits der bloße Verdacht eines Dopingverstoßes kann die wirtschaftliche Grundlage eines Berufssportlers zerstören. In diesem Zusammenhang ist es offenkundig unzureichend, eine Veröffentlichung mittels Art. 14.3.1 NADC allein an die Voraussetzung zu knüpfen, dass vorher eine Benachrichtigung des Athleten über den Dopingverdacht erfolgt ist. Dies widerspricht offensichtlich den schutzwürdigen Interessen von Betroffenen daran, dass etwa bloße Verdächtigungen nicht an die Öffentlichkeit gelangen dürfen.

Die mit der Veröffentlichungspflicht in Art. 14.3.2 NADC angestrebte Prangerwirkung gegenüber „Doping-Sündern" ist als eigenständige Sanktion zu werten, die mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen ist. Dies hat auch die Art. 29 Datenschutzgruppe der EU-Kommission in ihrer Stellungnahme vom 6. April 2009[74] verdeutlicht. Dort heißt es unter der Überschrift „3.6.2. Abschreckende Wirkung":

> „Im Hinblick auf das von der WADA vorgelegte Ziel der Abschreckung ist die Arbeitsgruppe von der Notwendigkeit – und folglich von der Verhältnismäßigkeit – der Veröffentlichung aller Sanktionen im Internet nicht überzeugt. Die vergleichende Bewertung der Interessen des Verarbeiters einerseits und die Grundrechte des Betroffenen andererseits führt zu dem Rückschluss, dass die öffentliche Weitergabe im Internet oder auf andere Weise aus Gründen der Abschreckung und Sanktionierung von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit Verurteilungen ohne Berücksichtigung der Umstände des Falles unverhältnismäßig ist."

Selbst wenn die Erhebung und Verarbeitung entsprechender Daten für eigene Zwecke in diesen Fällen ausnahmsweise zulässig wäre (etwa im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit einem Vertragspartner), wäre eine Übermittlung an Dritte nicht durch einschlägige Normen des Gesetzes wie etwa durch § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 BDSG zu legitimieren (vgl. zur Übermittlung Kapitel V).[75]

Im Ergebnis ist festzustellen, dass auf der Rechtsgrundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG Grund zu der Annahme besteht, dass überwiegende schutzwürdige Interessen der Athleten einem berechtigten Interesse von Vereinen, Verbänden, NADA, ADO usw. an der Veröffentlichung personenbezogener Daten entgegenstehen. Athleten können durch eine personenbezogene Veröffentlichung über das Vorliegen eines bloßen Do-

---

74 Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Zweite Stellungnahme 4/2009 zum Internationalen Standard der World Anti-Doping Agency (WADA, Welt-Anti-Doping-Agentur) zum Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Informationen, zu den hiermit in Verbindung stehenden Bestimmungen des WADA-Codes und zu anderen Fragen bezüglich der Privatsphäre im Zusammenhang mit dem Kampf der WADA und (nationaler) Anti-Doping-Organisationen, Beschluss, Annahme am 06. April 2009 (0746/09/EN WP 162), S. 18.

75 Ebenso Simitis-*Seifert*, § 28 Rn. 136.

pingverdachts erhebliche rechtliche und tatsächliche Nachteile erleiden. Für das Überwiegen schutzwürdiger Interessen i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG spricht zudem, dass eine datenschutzrechtliche Grundlage für die Übermittlung an Dritte fehlt.

v. Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für Sanktionsmaßnahmen

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch NADA und anderen ADO kann für Athleten Sanktionen zur Folge haben. Art. 10 NADC sieht bezogen auf Einzelpersonen etwa die Annullierung von Wettkampfergebnissen (Art. 10.1 NADC) oder Wettkampfsperren (Art. 10.2 bis 10.4 NADC) zwischen zwei oder vier Jahren bzw. in Einzelfällen lebenslang vor.

Soweit die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der personenbezogenen Daten zu diesen Sanktionszwecken auf der Rechtsgrundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG erfolgen soll, besteht Grund zu der Annahme, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegen. Diese Einschätzung folgt insbesondere daraus, dass betroffene Athleten durch die Ausgestaltung des Kontroll- und Sanktionsverfahrens in unangemessener Form benachteiligt werden.

Eine für die datenschutzrechtliche Bewertung im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG bedeutsame Benachteiligung besteht beispielsweise darin, dass Dopingverstöße nach der Regelung in Art. 2.1.1 NADC schuldunabhängig sanktioniert werden können.

> „2.1.1 Es ist die persönliche Pflicht eines jeden Athleten, dafür zu sorgen, dass keine Verbotene Substanz in seinen Körper gelangt. Athleten sind für jede Verbotene Substanz oder ihre Metaboliten oder Marker verantwortlich, die in ihrer Probe gefunden werden. Demzufolge ist es nicht erforderlich, dass Vorsatz, Verschulden, Fahrlässigkeit oder bewusster Gebrauch auf Seiten des Athleten nachgewiesen wird, um einen Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen gemäß Art. 2.1 zu begründen.“

Den betroffenen Athleten werden damit allgemeine zivilrechtliche Haftungserleichterungen wie eine Beschränkung der persönlichen Verantwortlichkeit auf Vorsatz oder

Fahrlässigkeit (§ 276 BGB) ebenso vorenthalten wie die allgemeine Beweislastregel, nach der eine Partei, die Ansprüche geltend macht, hierfür die Darlegungslast trägt.

Bezogen auf das schutzwürdige Interesse der Betroffenen kritisch zu bewerten ist die Regelung in Art. 2.3 NADC, die bereits eine verweigerte Probenentnahme als Doping-Verstoß qualifiziert.

> „ART. 2 VERSTÖSSE GEGEN ANTI-DOPING-BESTIMMUNGEN
>
> Athleten oder andere Personen sind selbst dafür verantwortlich, davon Kenntnis zu haben, was einen Verstoß gegen eine Anti-Doping-Bestimmung darstellt und welche Substanzen und Methoden in der Verbotsliste aufgenommen worden sind.
>
> Verstöße gegen Anti-Doping-Bestimmungen sind:
>
> (…)
>
> 2.3 Die Weigerung oder das Unterlassen ohne zwingenden Grund, sich nach entsprechender Aufforderung einer gemäß anwendbaren Anti-Doping-Bestimmungen zulässigen Probenahme zu unterziehen, oder jede anderweitige Umgehung einer Probenahme.“

Die nach dieser Vorschrift bestehende Verpflichtung von Athleten ist sehr weitgehend. Ihr Regelungsgehalt wurde gegenüber vorherigen Bestimmungen ausgedehnt, wie die Ausführungen zu Art. 2.3 in der Kommentierung im Anhang II des NADC deutlich macht.

> „Zu Art. 2.3: Das Unterlassen oder die Weigerung, sich nach entsprechender Aufforderung einer Probenahme zu unterziehen, war in fast allen vor dem Code bestehenden Anti-Doping-Regelwerken verboten.
>
> Dieser Art. dehnt die kennzeichnende Regelung aus der Zeit vor dem Code dahingehend aus, dass auch „jede anderweitige Umgehung einer Probenahme" ein verbotenes Verhalten ist. Dementsprechend läge beispielsweise ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vor, wenn nachgewiesen würde, dass sich ein Athlet vor einem Dopingkontrolleur versteckt hat, um die Aufforderung oder die Dopingkontrolle zu umgehen. Ein Verstoß durch „die Weigerung oder das Unterlassen, sich einer Probenahme zu unterziehen" kann sowohl durch vorsätzliches als auch durch fahrlässiges Verhalten des Athleten begründet sein, während die „Umgehung“ einer Probenahme ein vorsätzliches Verhalten des Athleten erfordert.“

Können schon aus leichter Fahrlässigkeit für einen Athleten Konsequenzen wie eine langjährige Sperre folgen, werden seine schutzwürdigen Interessen im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG verletzt. Mit Blick auf die weitgehenden beruflichen und finanziellen Auswirkungen einer solchen Sperre ist davon auszugehen, dass zumindest dann, wenn Athleten diese nicht nachweisbar vorsätzlich verschuldet haben, ein Überwiegen ihrer schutzwürdigen Interessen gegenüber den berechtigten Interessen von Vereinen, NADA oder anderen ADO gegeben ist.

Das Gleiche gilt für Verfügbarkeitsverstöße gemäß Art. 2.4. NADC, die mit Blick auf eine drohende Sperre in ihren Auswirkungen mit Doping-Verstößen gleichgesetzt werden, wie Satz 2 dieser Regel verdeutlicht:

> „Jede Kombination von drei Versäumten Kontrollen und/ oder Meldepflichtversäumnissen innerhalb eines Zeitraumes von 18 Monaten, die von für den Athleten zuständigen Anti-Doping-Organisationen festgestellt wurden, stellt einen Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen dar."

Nach dieser Regelung können sie dem Vorwurf einer Kontroll- oder Meldepflichtverletzung beispielsweise nicht das Argument entgegenhalten, dass sie sich zu einem vertraulichen Gesprächen mit ihrem Rechtsanwalt, Arzt, Psychologen oder Seelsorger getroffen haben und dass sie diese Termine nicht angezeigt haben, um sich vor möglichen Nachteilen oder Selbstbelastungen zu schützen.

Entsprechendes gilt, wenn sie eine geforderte Kontrolle im Einzelfall unter Hinweis darauf ablehnen würden, dass dies unangemessen in ihre Persönlichkeits- oder sonstigen Rechte eingreifen würde (vgl. zur rechtlichen Bewertung des Kontrollverfahrens vgl. Kapitel III Abschnitt 3.c. ff.). Aus der festzustellenden Benachteiligung der Athleten folgt bezogen auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG unmittelbar ein Grund zu der Annahme, dass ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Athleten am Ausschluss der Verarbeitung ihrer Daten überwiegt.

Ein Überwiegen schutzwürdiger Interessen der Athleten folgt auch aus der Reduzierung der Beweislast, die sich aus Art. 3.1 NADC ableitet

> „3.1 Beweislast und Beweismaß
>
> Die Anti-Doping-Organisation trägt die Beweislast für das Vorliegen eines Verstoßes gegen Anti-Doping-Bestimmungen. Das Beweismaß besteht darin, dass die
>
> Anti-Doping-Organisation gegenüber dem Disziplinarorgan überzeugend darlegen kann, dass ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorliegt, wobei die Schwere des Vorwurfs zu berücksichtigen ist. Die Anforderungen an das Beweismaß sind in jedem Fall höher als die gleich hohe Wahrscheinlichkeit, jedoch geringer als ein Beweis, der jeden vernünftigen Zweifel ausschließt.
>
> Liegt die Beweislast zur Widerlegung einer Vermutung oder zum Nachweis außergewöhnlicher Tatsachen oder Umstände gemäß dem NADC bei dem Athleten oder der anderen Person, dem/der ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorgeworfen wird, so liegen die Anforderungen an das Beweismaß in der gleich hohen Wahrscheinlichkeit. Dies gilt nicht in den Fällen von Art. 10.4 und Art. 10.6, in denen der Athlet eine höhere Beweislast tragen muss.“

sowie aus dem in Art. 3.2.4 NADC festgelegten Verfahren, nach dem aus einer Weigerung eines Athleten zur Beantwortung von Fragen eines Disziplinarorgans oder der anderen ADO negative Rückschlüsse zu seinen Lasten gezogen werden können.

> „3.2.4 Das Disziplinarorgan kann in einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Anti-Doping-Bestimmungen negative Rückschlüsse aus der Tatsache ziehen, dass der Athlet oder die andere Person, dem/der ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorgeworfen wird, sich nach einer mit angemessener Vorlaufzeit ergangenen Aufforderung weigert, an der Anhörung (gemäß den Anweisungen des Disziplinarorgans entweder persönlich oder telefonisch) teilzunehmen und Fragen des Disziplinarorgans oder der Anti-Doping-Organisation zu beantworten, die ihm/ihr den Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorwirft.“

Das beschriebene Verfahren reduziert die rechtlichen Möglichkeiten von Athleten insgesamt unangemessen und setzt sie der Gefahr aus, dass die Wahrnehmung des verfassungsrechtlich gesicherten Schutzes vor Selbstbelastungen persönliche Konsequenzen wie die einer Sperre nach sich zieht. Auch dies führt bei einer Prüfung der Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG zu der Feststellung, dass Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Damit scheidet eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten auf der Grundlage dieser Erlaubnisnorm aus datenschutzrechtlicher Sicht aus.

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten gemäß Art. 14.3 NADC zum Zweck der Verhängung von Sanktionen ist mangels datenschutzrechtlicher Erlaubnisnorm unzulässig.

vi. Information von Staatsanwaltschaft und Bundeskriminalamt

Mit Blick auf bestehende schutzwürdige Interessen der Athleten i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist das Verfahren zur Weitergabe von Meldungen an Staatsanwaltschaften oder das Bundeskriminalamt kritisch zu bewerten.

Der NADC sieht in Art. 14.2 vor, dass NADA bzw. ADO berechtigt sind, im Verdachtsfall Mitteilungen an die zuständigen staatlichen Stellen zu machen.

> „14.2 Meldung staatlicher Ermittlungsbehörden
>
> Die für das Ergebnismanagement zuständige Anti-Doping-Organisation sowie die NADA sind nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens befugt, bei hinreichendem Verdacht auf einen Verstoß gegen das Arznei- oder Betäubungsmittelgesetz oder das Strafgesetzbuch auf Grund Vorliegens eines Von der Norm abweichenden Analyseergebnisses noch vor Mitteilung gemäß Art. 7.2.2 den Namen des betroffenen Athleten, die Substanz, die zu dem Von der Norm abweichenden Analyseergebnis geführt hat sowie seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort der zuständigen Staatsanwaltschaft oder dem Bundeskriminalamt zu melden.
>
> Ungeachtet dessen hat die für das Ergebnismanagement zuständige Anti-Doping-Organisation sowie die NADA die Verpflichtung, bei auf Grund von Hinweisen von Athleten, Athletenbetreuern oder anderen Personen begründeten hinreichendem Verdacht auf einen Verstoß gegen das Arznei- oder Betäubungsmittelgesetz oder das Strafgesetzbuch die jeweilige Person zur Anzeige zu bringen.“

Die Regelung führt vor dem Hintergrund der umfassenden Mitteilungspflichten der Athleten nach dem NADA-Standard für Meldepflichten und der nach dem NADC bestehenden Erhebungs- und Auswertungsmöglichkeiten, im Ergebnis dazu, dass strafrechtlich bisher unbescholtene Personen Auswertungs- und Erkenntnismöglichkeiten unterworfen sind, die sehr viel weiter reichen als gesetzlich normierte Ermittlungsmöglichkeiten von staatlichen Strafverfolgungsbehörden gegenüber tatverdächtigen Bürgern. Um ihren Beruf als Leistungssportler betreiben zu können, müssen sich die

Athleten ohne das Vorliegen eines Verdachts im strafrechtlichen Sinn den im NADC festgelegten umfassenden Ausforschungsmöglichkeiten unterwerfen. Erlangen Vereine, NADA oder andere ADO auf der Grundlage dieser eigenständig normierten und sehr weit gehenden Vorgaben Informationen über einen hinreichenden Verdacht, erwächst ihnen gemäß Art. 14.2 NADC nach pflichtgemäßen Ermessen die Befugnis, die Staatsanwaltschaft oder das Bundeskriminalamt zu informieren.

Das durch den NADC vorgegebene Verfahren steht im direkten Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Schutz der Persönlichkeitsrechte, der auch das Verbot beinhaltet, Bürger zur Selbstbelastung zu zwingen (vgl. hierzu Kapitel II Abschnitt 2.b.i.). Der aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Schutz vor Selbstbelastungen soll beschuldigte Bürger in Strafverfahren davor schützen, dass sie unter Druck für sie nachteilige Aussagen machen. Entscheidungen der Strafgerichte machen deutlich, wie weitreichend der verfassungsrechtliche Schutz im Einzelfall geht und dass er auch aus europarechtlichen Grundsätzen heraus geboten ist.

> „Die Selbstbelastungsfreiheit gehört zum Kernbereich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 - Fall Allen v. Großbritannien, StV 2003, 257, 259). Zwar dient das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung ohne Rücksicht auf die Art der Straftat (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013) nach der Rechtsprechung des EGMR in erster Linie dazu, den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang der Behörde und vor Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen. Der EGMR hat jedoch anerkannt, dass die Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will, auch dann unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, damit diese sodann im Prozess als Beweis eingeführt werden können (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO)."[76]

---

[76] Bundesgerichtshof in Strafsachen vom 31.03.2011 (Aktz.: 3 StR 400/10), NJW-Spezial 2011, 408

Ein vergleichbarer Schutz vor einer Selbstbelastung wird durch die Strafprozessordung (StPO)[77] Zeugen in einem Strafverfahren zugestanden. Jeder Zeuge hat gemäß § 55 Abs. 1 StPO das Recht, Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen in Gefahr bringen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Nach § 52 Abs. 2 StPO müssen Zeugen über ihr Recht zur Verweigerung der Auskunft belehrt werden.

Der strafprozessuale Schutz Beschuldigter und Zeugen vor verfassungswidrigen Selbstbelastungen verdeutlicht den hohen Stellenwert, den dieser Ausformung des Persönlichkeitsschutzes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG zugemessen wird. Mit diesem Stellenwert ist die gemäß Art. 14.2 NADC bestehende Möglichkeit nicht in Einklang zu bringen, Erkenntnismöglichkeiten zu schaffen, die Athleten vor einer unzulässigen Selbstbelastung gerade nicht schützen. Die äußerst weitgehenden Offenbarungspflichten der Athleten nach dem NADC unterlaufen den verfassungsrechtlich verbürgten Schutz vor Selbstbelastung, wenn es in die Befugnis der ADO gestellt ist, die erhaltenen vertraulichen Daten an staatliche Strafverfolgungsbehörden weiterzugeben. Schon diese Situation gibt mit Blick auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG Grund zu der Annahme, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen in unverhältnismäßiger Weise verletzt sind.

Dieses Ergebnis lässt sich unmittelbar auch aus Art. 8 Abs. 5 der EG-Datenschutzrichtlinie[78] ableiten. Diese lautet:

> „Die Verarbeitung von Daten, die Straftaten, strafrechtliche Verurteilungen oder Sicherungsmaßregeln betreffen, darf nur unter behördlicher Aufsicht oder aufgrund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, erfol-

---

77 Strafprozeßordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I, S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 23.6.2011 (BGBl. I, S. 1266).

78 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. der EG vom 23.11.95 Nr. L 281, S. 31–50), zuletzt geändert durch Anh. II Nr. 18 ÄndV (EG) 1882/2003 vom 29.9.03 (ABl. L 294, S. 1)

> gen, wobei ein Mitgliedstaat jedoch Ausnahmen aufgrund innerstaatlicher Rechtsvorschriften, die geeignete besondere Garantien vorsehen, festlegen kann."

Eine europarechtlich zulässige Verarbeitung personenbezogener Informationen muss sich hiernach in aller Regel auf bereits nachgewiesene Straftaten beschränken. Damit ist die Erhebung und Verarbeitung von Daten über den bloßen Verdacht einer Straftat unzulässig.[79]

Bezogen auf Straftaten müsste eine Übermittlung zum Zwecke der Veröffentlichung durch innerstaatliche Rechtsvorschriften legitimiert werden, um richtlinienkonform zu sein. Fehlt eine einschlägige Rechtsvorschrift, verletzt sowohl die Erhebung als auch die Verarbeitung dieser Daten mit Blick auf Art. 8. Abs. 5 EG-Datenschutzrichtlinie schutzwürdige Interessen der Betroffenen in nicht rechtskonformer Art und Weise.

Nimmt man die vorstehenden Argumente zusammen, wird deutlich, dass der sich mit Art. 14.2 NADC verbindende Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Athleten in seiner Ausformung als Selbstbelastungsfreiheit aus datenschutzrechtlicher Sicht selbst dann zum Überwiegen eines schutzwürdigen Interesses i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG führt, wenn man ein berechtigtes Interesse einer entsprechenden Verarbeitung von Informationen zu konkreten Doping-Vorfällen uneingeschränkt bejaht. Der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Persönlichkeitsschutz, der auch für Athleten gilt, kann für den Kampf gegen Doping nicht durch eine privatrechtliche Regelung wie den NADC bezogen auf die Selbstbelastungsfreiheit erheblich eingeschränkt oder ganz abgeschafft werden. Und selbst eine zu schaffende gesetzliche Regelung müsste durch geeignete Verfahren den Schutz vor einer verfassungswidrigen Selbstbelastung verankern.

Die vorgesehene Datenübermittlung kann nicht auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden, da Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen der Be-

---

79 Vgl. Simitis-*Seifert*, § 28 Rn. 135

troffenen überwiegen. Da es für NADA und andere ADO keine Rechtsgrundlage gibt, die entsprechenden Daten überhaupt erheben, verarbeiten oder nutzen zu dürfen, fehlt es aus datenschutzrechtlicher Sicht an einer Berechtigung, Datenübermittlungen an Dritte vorzunehmen. Auch Basketballvereine sowie DBB und BBL, die aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Verbindung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zu einzelnen Athleten möglicherweise aus § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ein berechtigtes Interesse ableiten könnten, müssen entsprechende Verarbeitungen oder Nutzungen unterlassen, weil es Grund zu der Annahme gibt, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Sportler überwiegen.

Gegen eine eigene „Strafermittlungsbefugnis" auf der Grundlage des NADC spricht im Übrigen, dass der Gesetzgeber die Berechtigung, Daten zu Zwecken der Aufdeckung von Straftaten zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen, an einer anderen Stelle im BDSG nur restriktiv zulässt. Die Verwendung von personenbezogenen Daten eines einzelnen Betroffenen ist gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zur Aufdeckung von Straftaten nur erlaubt, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass ein Beschäftigter im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat und dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten für deren Aufdeckung erforderlich ist. Weitere Voraussetzungen der Zulässigkeit sind die Wahrung der Verhältnismäßigkeit und das Fehlen überwiegender schutzwürdiger Interessen des betroffenen Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung.

Bei der Bewertung der Erforderlichkeit sowie der schutzwürdigen Interessen ist im Rahmen von § 32 Abs. 2 BDSG zu prüfen, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt wird.[80] Zudem setzt die Vorschrift einen bereits bestehenden Verdacht voraus, der sich auf eine Tat innerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses bezieht. Elektronische Maßnahmen einer „betrieblichen Rasterfahndung", die unabhän-

---

[80] Vgl. Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 105ff.

gig vom Bestehen eines Verdachts durchgeführt würden, wären mit dieser Vorschrift nicht zu legitimieren (vgl. Kapitel III Abschnitt 3.c).

Insgesamt bestehen damit aus datenschutzrechtlicher Sicht erhebliche Zweifel daran, dass es für die Erhebung und Übermittlung von Daten mit dem Ziel der Weitergabe an Staatsanwaltschaften und Bundeskriminalamt bei einer Interessenabwägung überhaupt ein berechtigtes Interesse der NADA bzw. der anderen ADO gibt. Aber selbst wenn man dies entgegen der vorstehend geäußerten Bedenken mit Blick auf die als sinnvoll erachtete Bekämpfung von Doping bejahen würde, bleibt festzustellen, dass berechtigte Interessen der betroffenen Athleten gegen eine solche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung schon deshalb überwiegen, weil durch eine sonst gegebene Selbstbelastung ihr durch Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Persönlichkeitsrecht verletzt würde. Dies steht einer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG entgegen.

3. Zwischenergebnis

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von Athleten auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG kann in bestimmten Fallkonstellationen zur Wahrung berechtigter Interessen der in Anti-Dopingmaßnahmen eingebundenen Stellen als erforderlich qualifiziert werden. Insbesondere Basketballvereine bzw. der DBB oder die BBL können berechtigte Interessen aus bestehenden rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen geltend machen. Die hieraus folgenden Erhebung, Verarbeitungs- und Nutzungsbefugnisse sind allerdings eng begrenzt. Soweit rechtsgeschäftliche Vereinbarungen bestehen, sind diese auch am Maßstab der §§ 305 ff. BGB zu bewerten. Umfassende Meldepflichten sind wegen der unangemessenen Benachteiligung der Athleten gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Ausgeschlossen ist die Verwendung von Daten auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, wenn sie in unverhältnismäßiger Weise in Persönlichkeitsrechte der Athleten eingreift. Dies spricht insbesondere gegen die Sammlung von Aufenthaltsinformatio-

nen, soweit diese den privaten Bereich betreffen. Unzulässig ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten, da die Voraussetzungen der spezialgesetzlichen Regelungen in § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG nicht erfüllt sind.

Theoretischer Natur sind Überlegungen zu berechtigten Interessen der NADA oder der ADO. Der Einbeziehung dieser Stellen in den Anwendungsbereich von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG steht das Argument entgegen, dass es sich bei dieser Norm um keinen allgemeinen Auffangtatbestand handelt und dass ihre Anwendbarkeit an das Vorliegen eines gleichwie gearteten Schuldverhältnisses anknüpft.

Soweit berechtigte Interessen i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG vor diesem Hintergrund überhaupt noch identifiziert werden können, stehen diesen auf allen vorstehend untersuchten Themenfeldern überwiegende schutzwürdige Interessen der betroffenen Athleten gegenüber. Diese machen eine Heranziehung der Vorschrift als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm gemäß § 4 Abs. 1 BDSG datenschutzrechtlich unzulässig.

Datenerhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen von Athletendaten können im Anti-Doping Bereich somit nicht auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden. Auch der Rückgriff auf bereichsspezifische Erlaubnisnormen wie etwa § 28 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BDSG ist nicht möglich, weil die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten zu Zwecken der Doping-Bekämpfung vom abschließenden Tatbestand dieser Regelungen nicht erfasst wird.

III. Anti-Dopingmaßnahmen im Arbeitsverhältnis

In den von SP.IN genannten Fällen sind Athleten teilweise im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für Profibasketballvereine tätig. Die ihnen bezüglich durchzuführender Anti-Dopingmaßnahmen obliegenden Verpflichtungen ergeben sich damit aus dem Arbeitsvertrag. Dieser verweist teilweise auf Regelungen, die im Rahmen der Vergabe der Teilnahmeberechtigung bzw. Spiellizenz Bestandteil des Arbeitsvertrags werden (vgl. Kapitel IV Abschnitt 2.a. ff.).

Nach dem vorliegenden Muster eines Spielerarbeitsvertrags der BBL (im Folgenden: Spielerarbeitsvertrag) sind Athleten gemäß § 2 Abs. 5 letzter Satz verpflichtet, sich internen Dopingkontrollen zu unterziehen und entsprechende Untersuchungen durch Ärzte zu dulden:

> „Die Parteien verpflichten sich, innerhalb von 3 Werktagen nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses einem umfassenden Medical Check durch die von der GmbH benannten Ärzte durchzuführen, dessen Ergebnis innerhalb weiterer 2 Werktage bekannt zu geben ist. In diesem Zusammenhang wird auf Kosten des Vereines ein umfassender Test auf Substanzen, die auf der NADA/WADA-Antidoping-Liste der verbotenen Substanzen stehen, durchgeführt."

Eine allgemeine Regelung, die auf die übergreifenden Doping-Regelungen verweist, enthält § 2 Abs. 14 Spielerarbeitsvertrag. Hiernach sind die Spieler verpflichtet,

> „die aktuellen Dopingverbote gemäß den Statuten und Ordnungen der BBL GmbH, des DBB sowie der FIBA zu beachten und jeden Konsum von Dopingmitteln oder illegalen Drogen zu unterlassen. Die aktuelle Dopingliste ist als Anlage diesem Vertrag beigefügt. Die jeweils aktuelle Dopingliste ist ferner unter www.wada-ama.org jederzeit einsehbar."

In § 1 Ab. 3 Spielerarbeitsvertrag findet sich ein Hinweis auf „Anti-Doping-Vorschriften":

> „Die Statuten, Ordnungen und Durchführungsbestimmungen der BBL GmbH und des DBB (insbesondere Teilnahmerechtsvertrag, BBL Spielordnung, BBL Lizenzstatut, BBL Verfahrens- und Schiedsgerichtsordnung, Rechtsordnung, Strafenkatalog, Anti-Doping-Bestimmungen, Bestimmungen Schiedsgerichte, DBB- Vorschriften für die Benutzung von Werbung), die Statuten und „By-Laws" der FIBA (incl.

> der Bestimmungen des offiziellen Regelbuches der FIBA) und die Satzungen, Statuten und Ordnungen der GmbH und des mit ihr in Zusammenhang stehenden Vereins, die in ihrer jeweiligen Fassung die allgemein anerkannten Grundsätze des deutschen Basketballsports darstellen, sind maßgeblich für die vertragsgegenständliche Tätigkeit des Spielers. Dem Spieler wurde gezeigt, wo sich die Ordner mit sämtlichen, der vorgenannten Statuten, Ordnungen und Durchführungsbestimmungen befinden, in die er auf Wunsch Einsicht nehmen kann.“

Verpflichtungen der Spieler zur Teilnahme an Anti-Dopingverfahren leiten sich auch aus § 2 Abs. 4 Spielerarbeitsvertrag ab:

> „Diesbezüglich stellt der Spieler den jeweils behandelnden Arzt gegenüber der sportlichen Führung der GmbH von seiner Schweigepflicht insoweit frei, als dass er befugt ist, die GmbH über die Befundergebnisse zu unterrichten. Die Anamnesedaten verbleiben beim behandelnden Arzt. Das Recht des Spielers, daneben Ärzte seiner Wahl aufzusuchen, bleibt hiervon unberührt. Die GmbH ist berechtigt, das Ergebnis der Befunde der Öffentlichkeit mitzuteilen. Die Parteien verpflichten sich, innerhalb von 3 Werktagen nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses einem umfassenden Medical Check durch die von der GmbH benannten Ärzte durchzuführen, dessen Ergebnis innerhalb weiterer 2 Werktage bekannt zu geben ist. In diesem Zusammenhang wird auf Kosten des Vereines ein umfassender Test auf Substanzen, die auf der NADA/WADA-Antidoping-Liste der verbotenen Substanzen stehen, durchgeführt.“

Gemäß § 1 Nr. 6 Buchstabe a) Spielerarbeitsvertrag steht dieser Arbeitsvertrag generell unter der auflösenden Bedingung, dass

> „a) dem Spieler seitens der BBL GmbH eine Teilnahmeberechtigung erteilt wird und keinerlei Einwände seitens des DBB, der BBL GmbH oder der FIBA erfolgen.“

Die folgende Bewertung der datenschutzrechtlichen Situation bezüglich der Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu Zwecken von Anti-Dopingmaßnahmen erfolgt auf Grundlage der vorstehend skizzierten arbeitsvertraglichen Situation. Zentraler datenschutzrechtlicher Bewertungsmaßstab zur Frage der Zulässigkeit von Anti-Dopingmaßnahmen im Arbeitsverhältnis ist § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Diese Vorschrift gibt als bereichsspezifische Erlaubnisnorm den Rahmen für den Umgang mit den Daten von Beschäftigten und damit von Arbeitnehmern vor.

Die folgende Bewertung wird Feststellungen dazu treffen, welche Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen Arbeitgeber selbst durchführen dürfen.

Darüber hinaus wird untersucht, ob und wenn ja welche datenschutzrechtlichen Spielräume sich aus § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG für übergreifende Anti-Dopingmaßnahmen ableiten lassen, die vom DBB, von der BBL, von der NADA und von anderen ADO im Auftrag des Arbeitgebers oder jedenfalls mit dessen ausdrücklicher Billigung durchgeführt werden.

1. Beschäftigte i.S. des BDSG

§ 32 BDSG kommt auf Beschäftigte zur Anwendung. Eine Legaldefinition der erfassten Personen enthält § 3 Abs. 11 BDSG. Beschäftigten sind hiernach insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Nr. 1) und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte (Nr. 2). Die Einbeziehung in den Anwendungsbereich des BDSG leitet sich für Arbeitnehmer unmittelbar aus dem Abschluss eines Arbeitsvertrags ab.

Bei der Festlegung der Gruppe der Arbeitnehmer ist in der Praxis zu beachten, dass unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung auch Beschäftigte als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, die aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit in einer persönlichen Abhängigkeit zu ihrem Auftraggeber stehen. Die Qualifikation als Arbeitnehmer erfolgt unabhängig von einer möglicherweise ausdrücklich abweichenden vertraglichen Vereinbarung.[81] Entscheidend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist nach der Rechtsprechung nicht eine – möglicherweise auch übereinstimmende – anderweitige Festlegung der Vertragsbezeichnung, sondern die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit durch einen Arbeitgeber, d.h. deren wirklicher Geschäftsinhalt.

> „Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich vielmehr aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Dieser folgt aus den getroffenen Vereinbarungen und der tatsächlichen

---

81 Vgl. etwa *Bundesarbeitsgericht* vom 19.1.00 (Aktz.: 5 AZR 644/98), NZA 00, 1102.

> Durchführung des Vertrages. Widersprechen beide einander, ist letztere maßgebend. Aus der faktischen Handhabung und der konkreten praktischen Umsetzung der Vertragsabsprachen lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien tatsächlich ausgegangen sind (ständige Rechtsprechung; BAG Urteil vom 27. März 1991 - 5 AZR 194/90 - AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG Urteil vom 26. Juli 1995 - 5 AZR 22/94 - AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG Urteil vom 11. März 1998 - 5 AZR 522/96 - zur Veröffentlichung vorgesehen).“[82]

Das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit leitet sich nach der Rechtsprechung insbesondere aus dem Weisungsrecht des Auftraggebers bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort einer Tätigkeit ab:

> „Arbeitnehmer ist derjenige, der seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, daß der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Für die Abgrenzung von Bedeutung sind in erster Linie die tatsächlichen Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, nicht die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben, oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263 mwN).“[83]

Das Vorliegen eines umfassenden Weisungsrechts des Arbeitgebers wird bei einer Mannschaftssportart etwa dann gegeben sein, wenn die Athleten in feste und umfassende Trainings- und Spielpläne eingebunden sind. Entsprechendes gilt für Einzelsportarten, wenn es feste Wettkampfpläne und hieraus folgende zwingende persönliche Trainings- und Vorbereitungszeiten gibt. Die persönliche Abhängigkeit wird hingegen fehlen, wenn Athleten selbst frei entscheiden können, welche Wettkämpfe sie besuchen und wann sie sich hierauf vorbereiten.

Vor dem Hintergrund eines geregelten Wettkampfbetriebs kann an dieser Stelle vermutet werden, dass Athleten, die an Mannschaftssportarten teilnehmen, aufgrund

---

82 Vgl. zur ständigen Rechtsprechung etwa *Bundesarbeitsgericht* vom 6.5.98 (Aktz.: 5 AZR 247/97), NZA 99, 205

83 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 19.1.00, a.a.O..

der vorliegenden persönlichen Abhängigkeit regelmäßig als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, auch wenn (möglicherweise einvernehmlich) abweichende vertragliche Gestaltungen bestehen. Dies gilt insbesondere für Personen, die über Basketballvereine auf der Rechtsgrundlage anderer Vertragsverhältnisse am Spielbetrieb der BBL teilnehmen und dabei in einer persönlichen Abhängigkeit von ihrem Auftraggeber stehen. Eine abschließende Bewertung zu dieser Frage ist allerdings nur bezogen auf konkrete Einzelfälle möglich und kann deshalb an dieser Stelle nicht erfolgen.

2. Regelungsgehalt des § 32 BDSG

Die 2009 in das Gesetz eingefügte Regelung des § 32 BDSG verdrängt als spezialgesetzliche Norm für Beschäftigungsverhältnisse andere datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände. § 32 Abs. 1 BDSG ist insbesondere im Verhältnis zur allgemeinen Norm des § 28 Abs. 1 BDSG die ausschließlich für den Schutz der Beschäftigtendaten geltende und anzuwendende Regelung.[84] § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG kann deshalb beispielsweise im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis nur zur Anwendung kommen, wenn die Erhebung und Verarbeitung der Daten für andere eigene Zwecke erfolgt[85] wie etwa zur Wahrnehmung günstiger Mitarbeiterkondition beim Kauf von Firmenprodukten außerhalb des eigentlichen Arbeitsverhältnisses.

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten

> „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.“

Die Regelung umfasst sowohl alle Phasen der Datenverarbeitung (Erhebung, Verarbeitung und Nutzung) als auch alle Phasen eines Beschäftigungsverhältnisses (Bewerbung, Durchführung, Beendigung).

---

84 Vgl. DKWW-*Däubler*, § 32 Rn. 8; Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 17, jeweils m.w.N.

85 So auch Simitis-*Seifert*, a.a.O.

Anders als § 28 Abs. 1 BDSG beschränkt sich der Regelungsrahmen von § 32 BDSG nicht auf die in § 3 Abs. 2 BDSG genannte automatisierte oder nicht automatisierte Verarbeitung unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen. Der Anwendungsbereich von § 32 Abs. 1 BDSG wird durch § 32 Abs. 2 BDSG vielmehr auf alle Formen nicht automatisierter Erhebung, Verarbeitungen oder Nutzung außerhalb automatisierter Dateien ausgeweitet.

> „(2) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.“

Durch diese Formulierung werden insbesondere auch durch persönliche Befragung manuell erhobene Informationen über Beschäftigten in den Schutzbereich des BDSG einbezogen.[86] Die Vorgaben, die § 32 Abs. 1 BDSG für den Umgang mit Daten von Beschäftigten macht, kommen damit gemäß § 32 Abs. 2 BDSG auf Erhebungsprozesse als solche und damit im Bezug auf den hier zu bewertenden Sachverhalt auf die Durchführung von Dopingkontrollen nach dem NADC zur Anwendung.

a) Erforderlichkeit gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses setzt nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG voraus, dass für Arbeitgeber eine Erforderlichkeit gegeben ist. Bei der Auslegung dieses Begriffs ist auf die Vorgaben abzustellen, die die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verwendung von personenbezogenen Daten der Beschäftigten auf der Grundlage der vor Einfügung des § 32 BDSG geltenden Fassungen des BDSG gemacht hat.

> „Die Absicht des Gesetzgebers war, wie sich aus den Materialien unzweifelhaft ergibt, mit Einführung des § 32 BDSG lediglich eine vorläufige und der Klarstellung dienende Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz zu treffen, ohne damit

---

86 Vgl. *Vogel/Glas*, DB 09, 1749; DKWW-*Däubler*, § 32 Rn. 5.

> die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Datenschutz in Beschäftigungsverhältnissen weiter auszudehnen *(*BT-Drucks. 16/13657 S. 20 ff.; vgl. auch *Schmidt* RDV 2009, 193*; Fröhlich* ArbRB 2009, 300; *Düwell dbr 12/2009 S. 10)*."[87]

§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zielt darauf, dass Beschäftigte als die schwächere Vertragspartei eines Arbeitsvertrags nur solche Eingriffe in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinnehmen müssen, die zum Schutz des Erkenntnisinteresses der anderen Vertragspartei unbedingt notwendig sind.[88] Erlaubt sind lediglich Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen, die im Ergebnis einer Interessenabwägung geboten und notwendig sind, nicht aber solche, die aus Sicht eines Arbeitgebers etwa nur als „nützlich" zu bewerten sind.[89]

Verbindet sich die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten in einem Arbeitsverhältnis mit einem Eingriff in Grundrechte der Beschäftigten, ist stets eine Rechtsgüterabwägung unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen, diealle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Dies hat etwa das Bundesarbeitsgericht in einem Beschluss vom 29.6.04[90] bezüglich der Ausgestaltung einer Betriebsvereinbarung festgestellt, die im Ergebnis zu Eingriffen in Grundrechte der Beschäftigten führte.

> „Der Eingriff muss aber, sofern er nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gestattet ist, durch schutzwürdige Belange anderer Grundrechtsträger, beispielsweise des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers ist eine Güterabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erforderlich (vgl. BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B I 3 b bb der Grün-

---

87 *Bundesarbeitsgericht* vom 16.11.10 (Aktz.: 9 AZR 573/09), NZA 2011, 453.

88 Vgl. Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 10.

89 Vgl. *Däubler*, NZA 01, 874.

90 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 29.6.04 (Aktz.: 1 ABR 21/03), NZA 04, 1278.

> de mwN). Das zulässige Maß einer Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“[91]

Die Feststellung der Erforderlichkeit setzt voraus, dass einem Arbeitgeber zur Erreichung des angestrebten legitimen Zwecks keine wirksamen Alternativen zur Verfügung stehen.

> „Erforderlich ist die Regelung, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber das Persönlichkeitsrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht (vgl. BAG 19. Januar 1999 - 1 AZR 499/98 - BAGE 90, 316, 324 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 28 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 24, zu A II 3 der Gründe; BVerfG 3. März 2004 - 1 BvR 2378/98 - und - 1 BvR 1084/99 - BVerfGE 109, 279, 340, zu C II 3 b cc der Gründe).“[92]

Würde es etwa Anti-Dopingkontrollverfahren oder –untersuchungen geben, die schonender für die Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern sind, müssen Arbeitgeber diese unabhängig davon verwenden, ob sie dies persönlich für sinnvoll halten bzw. ob übergeordnete Verbände andere Verfahren vorschreiben.

Bei der konkreten Ausgestaltung erforderlicher Kontrollmaßnahmen muss ein Arbeitgeber nach der Position des Bundesarbeitsgerichts berechtigte Interessen der Arbeitnehmer wahren.

> „Aus § 241 Abs. 2 BGB folgt, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner vertraglichen Schutz- und Rücksichtnahmepflicht auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat *(*BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - *Rn. 31, AP BGB § 241 Nr. 4; 13. März 2008* - 2 AZR 88/07 - *Rn. 44, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 87 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr.* 73*)*.
>
> (1) Bei der Frage, was die Schutz- und Rücksichtnahmepflicht im Einzelfall gebietet, ist insbesondere auf die von den Grundrechten zum Ausdruck gebrachte Werteordnung der Verfassung Rücksicht zu nehmen *(vgl. Senat 12. September 2006* - 9 AZR 271/06 - *Rn. 20,* BAGE 119, 238*)*. Danach dürfen der Arbeitgeber und seine Repräsentanten das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nicht verletzen *(*BAG 13. März 2008 - 2 AZR 88/07 - *Rn. 44, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 87 = EzA* KSchG § 1 *Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 73; 25. Oktober 2007* - 8 AZR 593/06 - *Rn. 65,* BAGE 124, 295*)*. Dies gilt auch über das Ende des Arbeitsverhält-

---

91 *Bundesarbeitsgericht* vom 29.6.04, a.a.O.

92 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 29.6.04, a.a.O.

> nisses hinaus, solange dem Arbeitgeber persönlichkeitsrelevante Lebensbereiche des Arbeitnehmers aufgrund der vormaligen Arbeitsbeziehungen noch in besonderer Weise eröffnet sind *(vgl. zum nachwirkenden Schutzgehalt des Arbeitsverhältnisses etwa* BAG 14. Dezember 1956 - 1 AZR 29/55 - *juris Rn. 41,* BAGE 3, 332*; 24. November 1956* - 2 AZR 345/56 - *juris Rn. 6,* BAGE 3, 139*; 17. Januar 1956* - 3 AZR 304/54 - *zu I der Gründe, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 1;* BGH 10. Juli 1959 - VI ZR 149/58 - *AP BGB § 630 Nr. 2; MüArbR/Reichold 3. Aufl. § 83 Rn. 14; ErfK/Preis § 611 Rn. 752 ff.; MünchKommBGB/Müller-Glöge § 611 Rn. 1208 ff.).*"[93]

Insgesamt muss damit bei der Bewertung, ob eine Erforderlichkeit im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG gegeben ist, geprüft werden, ob Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten unangemessen berührt oder verletzt werden. Eingriffe in ihre verfassungsrechtlich geschützten Positionen sind allenfalls im Ergebnis einer Rechtsgüterabwägung zulässig. Zeigt sich dabei, dass Interessen der Beschäftigten die berechtigten Interessen der Arbeitgeber überwiegen, müssen Eingriffe in Persönlichkeitsrechte mit Blick auf den Schutzgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG unterbleiben. Insoweit gelten aufgrund der Gleichartigkeit der geschützten Persönlichkeitsrechte keine anderen Grundsätze als bei der Bewertung der schutzwürdigen Interessen im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.d.).

Ist ein Überwiegen der schutzwürdigen Interessen der Arbeitnehmer im Einzelfall nicht gegeben, dürfen Maßnahmen, die sich mit Eingriffen in Persönlichkeitsrechte von Beschäftigten verbinden, nur erfolgen, wenn Arbeitgebern im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit keine milderen Mittel zur Erreichung legitimer Kontrollziele zur Verfügung stehen.

Bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt bedeutet dies, dass im Rahmen von Arbeitsverhältnissen die gleichen Grenzen für die Umsetzung von Anti-Dopingvorgaben bestehen wie auf der Grundlage von rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen. Die zu § 28 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BDSG getroffenen Feststellungen, nach denen

---

93 *Bundesarbeitsgericht* vom 16.11.10 (Aktz.: 9 AZR 573/09), NZA 2011, 453.

- die umfassenden Meldepflichten gemäß Art. 5.3 NADC,
- die Art der Durchführung der Dopingkontrollen nach Art. 5.4 NADC,
- die Regelungen zu Meldeverstößen und zum Umgang mit positiven Ergebnissen von Dopingkontrollen,
- die Möglichkeit der Veröffentlichung personenbezogener Daten gemäß Art. 14.3. NADC,
- individuelle Sanktionsmaßnahmen gegen Athleten sowie
- die geplante Information staatlicher Ermittlungsbehörden gemäß Art. 14.2 NADC

gemessen an den durch Art. 2 Abs. 1 GG umfassend geschützten Persönlichkeitsrechten betroffener Athleten unverhältnismäßig und damit datenschutzrechtlich ohne Erlaubnisgrundlage sind, gilt auch für Arbeitsverhältnisse. Der Schutzbereich des Grundrechts wird durch unterschiedliche Vertragsverhältnisse insoweit nicht verändert. Folglich ist die Umsetzung der angesprochenen Anti-Dopingmaßnahmen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als unverhältnismäßig zu qualifizieren.

Die festzustellende Unverhältnismäßigkeit steht der Erforderlichkeit einer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung entsprechender Daten gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG entgegen. Für diese fehlt eine datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm.

3. Zulässige Kontrollmaßnahmen im Arbeitsverhältnis

Grundsätzlich ist eine Kontrolle des Arbeitsverhaltens von Beschäftigten zulässig. Arbeitgeber haben mit Blick auf die gemäß § 611 BGB bestehenden gegenseitigen Rechte einen Anspruch darauf, prüfen zu können, ob die vertraglich vereinbarten Arbeiten

erledigt werden und ob Beschäftigte ihren arbeitsvertraglichen Pflichten nachkommen.[94]

Ihre Grenzen finden Verhaltens- und Leistungskontrollen an den Grundrechten der Beschäftigten. Hierzu gehört als Teil des nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung[95]. Arbeitnehmern muss auch im Arbeitsverhältnis die Möglichkeit gegeben werden, über die Preisgabe und Verwendung ihrer persönlichen Daten frei bestimmen zu können.[96] Dies ist eine grundlegende Voraussetzung, die im Rahmen der für den Einzelfall durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung setzt Erkenntnisinteressen der Arbeitgeber Grenzen und verbietet insbesondere die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der auf die Einzelperson bezogenen Daten.[97] Es kommt im Rahmen von Anti-Dopingmaßnahmen sowohl auf das Verhalten von Arbeitnehmern zur Anwendung, das ein Verein als Arbeitgeber einfordert als auch auf Vorgaben des DBB, der BBL, der NADA oder anderer ADO, die im Arbeitsverhältnis von Beschäftigten zu beachten sind. Arbeitnehmer dürfen durch Anti-Dopingmaßnahmen nicht mittelbar gezwungen werden, Informationen unter Bruch dieses Grundrechts preiszugeben.

Vorgaben zu Möglichkeiten und Grenzen der Verarbeitung und Nutzung von Arbeitnehmerdaten finden sich in zahlreichen arbeits- und verfassungsgerichtlichen Ent-

---

94 Vgl. *Däubler*, Rn. 292.

95 Vgl. *Bundesverfassungsgericht vom 15.12.83 (Aktz. 1* BvR 209/83), BVerfGE 65, 1.

96 Vgl. etwa *Bundesarbeitsgericht* vom 20.1. 09 (Aktz.: 1 AZR 515/08), NZA 09, 615.

97 *Bundesarbeitsgericht* vom 16.11.10, a.a.O.

scheidungen.[98] Bezogen auf den gutachterlich zu bewertenden Sachverhalt sind insbesondere Vorgaben der Rechtsprechung aufschlussreich, die es zu den Themen

a) unzulässige Totalkontrollen,

b) Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen,

c) Durchführung von Doping-Kontrollmaßnahmen im Arbeitsverhältnis,

d) Umgang mit Gesundheitsinformationen durch Arbeitgeber,

e) Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten zu Zwecken interner Strafermittlungen sowie

f) Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten aus der Privatsphäre von Beschäftigten

gibt.

Besteht ein konkreter Doping-Verdacht, können zudem Feststellungen dazu bedeutsam sein, ob Arbeitgeber zur Aufdeckung von Straftaten Daten erheben, verarbeiten und nutzen dürfen. Voraussetzung hierfür ist, dass ein einschlägiger Straftatbestand gegeben ist.

Welche Konsequenzen sich aus den Vorgaben der Rechtsprechung sowie aus der aktuellen datenschutzrechtlichen Rechtslage für einzelne Phasen und Abläufe von Anti-Dopingmaßnahmen ableiten, zeigt die folgende Einzelfallprüfung.

a) Unzulässige Totalkontrollen

Als Arbeitnehmer tätige Basketballspieler werden durch § 1 Abs. 3 Spielerarbeitsvertrag allgemein auf die Einhaltung der Anti-Doping-Bestimmungen verpflichtet. Dies schließt offenkundig die Einhaltung bestehender Meldepflichten ein. Auch wenn die

---

98 Vgl. hierzu etwa *Däubler*, Rn. 209 ff.; *Gola/Wronka*, S. 601 ff; Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 22 ff., jeweils m.w.N.

Formulierung von § 1 Abs. 3 Spielerarbeitsvertrag unklar ist und möglicherweise den strengen Vorgaben der §§ 305ff. BGB zur Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gerecht wird (vgl. Kapitel V Abschnitt 4.c), legt sie zumindest den Schluss nah, dass die angestellten Athleten auch darauf verpflichtet werden sollen, gemäß Art. 3.1 NADA-Standard für Meldeverfahren Angaben zu ihren Aufenthaltsorten drei Monate im Voraus und auf sechzig Minuten genau in das System ADAMS einzugeben. Das Befolgen dieser Vorgabe macht ihr Arbeitsverhalten im Ergebnis für den Arbeitgeber wie auch für Dritte transparent, die auf die ADAMS-Daten zugreifen können. Anhand dieser Daten kann vorab festgestellt werden, wann Athleten wo arbeiten und wo sie ihre Freizeit verbringen werden.

Entsprechende Festlegungen sind bezogen auf die zu erbringende Arbeit im Arbeitsleben nicht unüblich. So müssen beispielsweise Produktionsmitarbeiter oder Verkäufer ihre Arbeitsorte und –zeiten ebenfalls auf Monate im Voraus festlegen, ohne dass dies auf grundlegende rechtliche Bedenken stößt. Entsprechendes gilt etwa für Servicetechniker, die ihre Arbeitseinsätze bei Kunden vorab planen und dem Arbeitgeber mitteilen müssen.

Von diesen Beispielen unterscheidet sich die Situation von Athleten, die dem NADA-Kontrollsystem unterliegen, dadurch, dass sie über ihre geplante Arbeitserbringung stundengenau und lückenlos langfristig vorab Auskunft geben müssen. Sie sind dauerhaft verpflichtet, nicht nur ihre Arbeitsplanung, sondern auch jede längere Abweichung hiervon, stundengenau angeben. Dies kommt einer Totalkontrolle gleich, die kritisch zu bewerten ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat etwa in einer Entscheidung vom 29.6.04[99] eine geplante Kontrollmaßnahme als unzulässige Totalkontrolle qualifiziert, weil Beschäftigte ohne Vorliegen eines begründeten Anfangsverdachts durch eine Videoanlage bis zu fünfzig Stunden pro Arbeitswoche überwacht werden sollten.

---

99 *Bundesarbeitsgericht* vom 29.6.04, a.a.O.

> „Die Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer ist vor allem deshalb besonders groß, weil nach § 6 Nr. 1 des Einigungsstellenspruchs die Videoanlage in jeder Kalenderwoche bis zu 50 Stunden in Betrieb genommen werden kann, ohne dass auch nur ein begründeter Anfangsverdacht vorliegen müsste. Damit wird eine Vielzahl von Arbeitnehmern der dauerhaften Überwachung unterzogen, ohne hierfür einen konkreten Anlass gegeben zu haben (vgl. dazu, dass eine hohe Anzahl unverdächtiger Betroffener für die Intensität des Eingriffs von besonderer Bedeutung ist, insbesondere auch BVerfG 3. März 2004 - 1 BvR 2378/98 - und - 1 BvR 1084/99 - BVerfGE 109, 279, 353, zu C II 3 b ee (3) (a) der Gründe). Die Arbeitnehmer sind der Überwachung selbst dann ausgesetzt, wenn sich kein einziger von ihnen etwas hat zuschulden kommen lassen. Die Vielzahl oder gar Gesamtheit "Unschuldiger" muss schwerwiegende Eingriffe in ihr Persönlichkeitsrecht hinnehmen, um einige wenige potenzielle Diebe abzuschrecken. Auch damit gehen die Überwachungsmöglichkeiten der Arbeitgeberin nach dem Einigungsstellenspruch deutlich über die Befugnisse hinaus, die staatliche Organe zur Verhütung schwerer Straftaten haben. Diese dürfen nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 BKAG andere Personen als diejenigen, bei denen die begründete Gefahr einer künftigen Straftat besteht, nur dann observieren, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie, insbesondere als Kontakt- oder Begleitpersonen, mit den verdächtigen Personen in einer Weise in Verbindung stehen oder treten werden, die erwarten lässt, dass die Maßnahme zur Verhütung von Straftaten beitragen wird.“

Die vom Bundesarbeitsgericht bewertete Situation einer anlasslosen permanenten Videoüberwachung gleicht strukturell der, die bezüglich der umfassenden Meldepflichten und Kontrollmöglichkeiten nach dem NADC und der ergänzenden Standards besteht. Insbesondere der NADA-Standard für Meldeverfahren ist darauf angelegt, Athleten innerhalb eines Zeitraums von 119 Stunden pro Arbeitswoche antreffen und kontrollieren zu können. Dies verdeutlicht Art. 1.3 NADA Standard für Meldeverfahren.

> „1.3 Athleten des RTP und des NTP müssen vierteljährlich Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit machen, die genaue und vollständige Informationen darüber enthalten, wo sie im kommenden Quartal wohnen, trainieren und an Wettkämpfen teilnehmen werden. Änderungen sind unverzüglich anzuzeigen, so dass die Athleten zu jeder Zeit in diesem Quartal für Dopingkontrollen erreichbar sind (siehe Artikel 3). Ein Versäumnis der Erfüllung dieser Anforderungen gilt als Meldepflichtversäumnis im Sinne des Artikel 2.4 NADC.“

Unter Anlegung der vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Maßstäbe[100] zur Unzulässigkeit von Totalkontrollen ist festzustellen, dass auch die NADA-Vorgaben zu Lasten von Beschäftigten einen permanenten Überwachungsdruck erzeugen. Diesem sind nicht nur des Dopings konkret verdächtigte Arbeitnehmer unterworfen, sondern darüber hinaus auch alle „unverdächtigen" Beschäftigten unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Verdachts. Die Erkenntnismöglichkeiten, die sich mit den NADA-Verfahren verbinden, gehen bezogen auf unverdächtige Beschäftigte über das Maß dessen hinaus, das staatlichen Strafverfolgungsbehörden gegenüber potentiellen Verdächtigen zur Verfügung steht. Durch die NADA-Vorgabe werden Athleten verdachtsunabhängig einer umfassenden Überwachung ausgesetzt.

Die umfassenden Meldepflichten, die nach Art. 2. 4 NADC bzw. nach Art. 3 NADA-Standard für Meldepflichten etwa auch Pausen oder zulässige Abwesenheiten einschließen, sind unter Anlegung des Maßstabs, der sich aus der Rechtsprechung ableitet, arbeitsrechtlich als unzulässige Totalkontrolle zu qualifizieren. Arbeitnehmer sind deshalb nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen nicht verpflichtet, sich entsprechenden Meldevorgaben zu unterwerfen.

Der Qualifikation als unzulässige Totalkontrollen steht die Feststellung einer Erforderlichkeit von Datenerhebungen, -verarbeitungen und –nutzungen gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG entgegen. Arbeitgeber haben keine Rechtsgrundlage, um diese Daten im Rahmen von Arbeitsverhältnissen einzufordern. Damit erübrigt sich die Bewertung der Frage, ob Kontrollmaßnahmen im Rahmen des Anti-Dopingprogramms überhaupt zulässig sind. Der Vollständigkeit halber wird sie im folgenden Abschnitt dennoch durchgeführt.

---

[100] Vgl. *Bundesarbeitsgericht* 29.6.2004, a.a.O.

b) Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen

Die spezialgesetzliche Regelung des § 32 Abs. 1 BDSG ist für Datenerhebungen, - verarbeitungen und -nutzungen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses aufgrund der Vorgaben in § 32 Abs. 2 BDSG auch dann anzuwenden,

> „… wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisierter verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.“

Diese normative Situation hat unmittelbar zur Folge, dass die einschlägigen Regelungen des BDSG auch als Maßstab zur Prüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Verfahren zur praktischen Durchführung von Anti-Dopingmaßnahmen heranzuziehen sind, ohne dass es auf eine Verarbeitung in Datenverarbeitungssystemen ankommt. Einschlägig für die Bewertung der Durchführungsregeln sind neben § 32 Abs. 1 BDSG auch die allgemeinen Regelungen des BDSG im 1. Abschnitt.

Vorgaben für die Durchführung von Dopingkontrollen enthält der NADA-Standard für Dopingkontrollen.[101] Nach dessen Art. 1 Abs. ist das vorliegende Regelwerk

> „ (…) die nationale Umsetzung der internationalen Vorgaben der Ziffern 1 bis 10 sowie der Anhänge A bis H des *International Standard for Testing* der *WADA* durch die *NADA*.“

Weiter heißt es in Art. 1 Abs. 3 und 4 NADA-Standard für Dopingkontrollen:

> „Der Standard für Dopingkontrollen beinhaltet Vorgaben für die Planung von Dopingkontrollen, die Benachrichtigung von Athleten, die Vorbereitung und Durchführung der Probenahme, die Sicherheit und Nachbereitung sowie den Transport von Proben.

---

101 Vgl. Standard für Dopingkontrollen der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland Version 2.0, Stand 1. Juli 2010 (www.nada-bonn.de/fileadmin/user_upload/nada/Downloads/Regelwerke/100630_Standard_fuer_Dopingkontrollen.pdf).

> Als Ausführungsbestimmungen zum NADC sind der Standard für Dopingkontrollen und die dazugehörigen Kommentare gemäß Art. 18.2 NADC Bestandteil des NADC und somit maßgeblich umzusetzen."

Die Hauptziele der Kontrollmaßnahmen werden in Art. 2.1.3 NADA-Standard für Dopingkontrollen beschrieben.

> „2.1.3 Der Haupttätigkeitsbereich ist daher die Informationsgewinnung, die Überwachung und Nachbereitung, die Risikoabschätzung sowie die Entwicklung, Auswertung, Änderung und Aktualisierung des Dopingkontrollplans."

Diese Vorgabe zeigt, dass die Durchführung von Dopingkontrollen ganz explizit der Datenerhebung und der sich anschließenden Datenverarbeitung dient. Dies führt unter Beachtung von § 32 Abs. 2 BDSG selbst dann unmittelbar zur Anwendbarkeit von § 32 Abs. 1 BDSG, wenn keine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung unter Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen erfolgt.

Offen bleibt im NADA-Standard für Dopingkontrollen allerdings, um was es sich bei dem angesprochenen „Dopingkontrollplan" handelt und welchem genauen Zweck dieser dient. Die im NADA-Standard für Dopingkontrollen in Anlage 1 enthaltene Begriffsdefinition zu diesem Stichwort beschränkt sich auf den Hinweis

> „Zur Definition siehe Art. 2.1.1".

Der in Bezug genommene Art. 2.1.1 NADA-Standard für Dopingkontrollen lautet:

> „2.2.1 Der Dopingkontrollplan muss auf einer durchdachten Bewertung des Dopings und der möglichen Dopingmuster für die betreffende Sportart/Disziplin beruhen. Die *NADA* kann neben ihren eigenen Risikoabschätzungen für die jeweilige Sportart/ Disziplin in ihrer Zuständigkeit auch die relativen Dopingrisiken im Vergleich zwischen den verschiedenen Sportarten in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich sowie nationale Anforderungen und Schwerpunkte der Dopingbekämpfung in den verschiedenen Sportarten berücksichtigen."

Aus den Formulierungen in Art. 2.2.1 bzw. in Art. 2.2 NADA-Standard für Dopingkontrollen leitet sich insgesamt weder eine abschließende Definition dessen ab, was der Dopingkontrollplan ist, noch lassen sich die damit verfolgten Zwecke in datenschutz-

rechtlich notwendiger Weise abschließend festlegen. Auch die Formulierung in Art. 2.2.3 NADA-Standard für Dopingkontrollen

> „Die Anti-Doping-Organisation entwickelt und erarbeitet einen Doping-Kontrollplan (…..)“

verdeutlicht, dass die Zwecke der Datenverarbeitung bei der konkreten Erhebung nicht klar und abschließend definiert sind.

Die insgesamt fehlende bzw. nur unbestimmte Festlegung von Erhebungs- und Verarbeitungszwecken steht im Widerspruch zur grundlegenden Erlaubnisvoraussetzung des § 4 Abs. 3 BDSG, die eine detaillierte und vollständige Aufklärung über die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung fordert.[102] In § 4 Abs. 3 Satz 1 BDSG heißt es:

> „(3) Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen erhoben, so ist er, sofern er nicht bereits auf andere Weise Kenntnis erlangt hat, von der verantwortlichen Stelle über
>
> 1. die Identität der verantwortlichen Stelle,
>
> 2. die Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und
>
> 3. die Kategorien von Empfängern nur, soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalles nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss, zu unterrichten.“

Die somit immer vorzunehmende Zweckbestimmung wird in der Erlaubnisnorm § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSDG aufgegriffen, die erforderliche Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen zu „Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses“ zulässt. Sind Zwecke im Sinn von § 4 Abs. 3 BDSG nicht gesetzeskonform bestimmt, steht dies der Erforderlichkeit gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG entgegen. Dies ist bezogen auf die vorstehend geprüften NADA-Regelungen der Fall.

---

102 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 4 Rn. 31; Simitis-*Sokol*, § 4 Rn. 95.

Aufgrund des Fehlens einer datenschutzrechtskonformen Zweckfestlegung lassen sich damit bereits an dieser Stelle Zweifel daran formulieren, ob eine Datenerhebung, -verarbeitung und –nutzung im Rahmen von Dopingkontrollen innerhalb von Beschäftigungsverhältnissen überhaupt zulässig ist, wenn sie allein durch NADA- oder WADA-Vorgaben gerechtfertigt wird, nicht aber zugleich auch durch einschlägige gesetzliche Erlaubnistatbestände.

Nur wenn diese Zweifel im Einzelfall ausgeräumt werden können, bedarf es noch der im Folgenden durchgeführten weitergehenden Prüfung, ob einzelne Bestandteile des Anti-Doping-Programms bezogen auf ein Arbeitsverhältnis rechtskonform sind oder nicht. Bestehen hingegen Zweifel an der Zweckbindung fort, zieht dies unmittelbar die Unzulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung auf der Grundlage von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG nach sich, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedarf. Die folgenden Ausführungen erfolgen insoweit nur der Vollständigkeit halber.

c) Durchführung von Doping-Kontrollmaßnahmen im Arbeitsverhältnis

Datenschutzrechtliche Bedenken bestehen gegen die Durchführung des Dopingkontrollverfahrens, für die eine klare Rechtsgrundlage fehlt.

Nicht eindeutig erkennbar ist bereits die datenschutzrechtliche Grundlage einzelner Verfahrensschritte. Dies lässt sich an Art. 3.2.5 NADA-Standard für Dopingkontrollen illustrieren:

> „3.2.5 Die Anti-Doping-Organisation, der DCO oder der Chaperon ermittelt den Aufenthaltsort des ausgewählten Athleten und plant die Art und den Zeitpunkt der Benachrichtigung, wobei er die besonderen Umstände der Sportart, des Wettkampfs und/ oder des Trainings sowie die entsprechende Situation berücksichtigt."

„Ortsermittlungen" unter Zugriff auf vorhandene Daten sind Arbeitgebern nicht grundsätzlich verwehrt. Entsprechende Verarbeitungen können in begründeten Einzelfällen als erforderlich qualifiziert werden wie etwa zur Sicherung von Feuerwehr-

leuten, Rettungssanitätern usw. bzw. zur Ortung von Taxifahrern nach der Auslösung eines Alarms. Dass entsprechende Auswertungen stattfinden sollen, muss den betroffenen Arbeitnehmern allerdings nach § 4 Abs. 3 BDSG schon bei der Erhebung der Informationen mitgeteilt werden. Mit Blick auf den mit der Verarbeitung verbundenen Eingriff in Persönlichkeitsrechte der Betroffenen sind die Grenzen des Zulässigen für diese Fälle eng gezogen. Die Zulässigkeit resultiert für die vorstehend genannten Beispiele aus einer Interessenabwägung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Soweit es um die Absicherung von Beschäftigten geht, ist davon auszugehen, dass diese in deren eigenem Interesse liegt.[103]

Gehören Personen, die Ortsdaten verarbeitet sollen, nicht zum Betrieb oder Unternehmen des Arbeitgebers, reduziert sich der Rahmen des Möglichen nochmals. Ihnen könnte der Zugriff auf vorhandene Aufenthaltsdaten sowie andere Informationen nur ermöglicht werden, wenn es hierfür eine datenschutz- und arbeitsrechtlich wirksame Beauftragung geben würde.

Bezogen auf Art. 3.2.5 NADA-Standard für Dopingkontrollen leitet sich aus den vorstehend skizzierten Beispielen zunächst einmal die Feststellung ab, dass eine Ermittlung der Aufenthaltsorte aufgrund der Daten, die beim Arbeitgeber vorliegen bzw. die ein Athlet in das System ADAMS eingegeben hat, nur datenschutzkonform wäre, wenn für die notwendige Übermittlung der Daten an außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehende Personen ein wirksamer Auftrag gemäß § 11 BDSG erteilt worden ist oder wenn eine sog. Funktionsübertragung vorliegt (vgl. hierzu Kapitel V). Mit Blick auf die notwendige Unabhängigkeit der Kontrollinstanzen ist aber davon auszugehen, dass DCO[104] und Chaperons[105] gerade keine Beschäftigten des jeweiligen Vereins sind,

---

103 Vgl. zur Zulässigkeit von Bewegungsprofilen insgesamt *Däubler*, Rn. 318 ff.

104 Nach der Definition im Standard für Dopingkontrollen „Eine von der Anti-Doping-Organisation beauftragte Person, der die Verantwortung für die Durchführung der Probenahme vor Ort übertragen wurde.“

105 Nach der Definition im Standard für Dopingkontrollen „Eine von der Anti-Doping-Organisation für die Ausführung folgender Aufgaben geschulte und beauftragte Person: Benachrichtigung

aus dem zu testende Arbeitnehmer stammen. Dies steht der Zulässigkeit des Zugriffs auf die entsprechenden Daten im System ADAMS entgegen. Aber selbst wenn eine wirksame Beauftragung vorliegen würde, stehen Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten einem Zugriff auf die Ortsdaten entgegen.

Es gibt keine allgemein zugänglichen Informationen dazu, ob zwischen den einzelnen Basketballvereinen, der DBB, der BBL und NADA auf der einen und ADO, DCO oder Chaperons auf der anderen Seite datenschutzkonforme Verträge abgeschlossen sind, die sowohl den Zugriff von Doping-Kontrolleuren auf die in ADAMS enthaltenen Aufenthaltsdaten als auch deren anschließende Verarbeitung und Nutzung außerhalb der verantwortlichen Stelle des Arbeitgebers legitimieren können. Auch wirksame Einwilligungen von Arbeitnehmern können nicht vorausgesetzt werden (vgl. hierzu Kapitel IV). Damit gibt es keine Rechtsgrundlage i.S.v. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG, nach der ein Zugriff der in Art. 3.2.5 NADA-Standard für Dopingkontrollen genannten Personen oder Stellen (insbesondere DCO oder Chaperons) auf die Daten der Basketball-Athleten datenschutzrechtlich zulässig wäre.

Bestünde entgegen der vorstehenden Feststellung im Einzelfall aufgrund eines wirksamen Auftrags doch eine Rechtsgrundlage für die Datenerhebungen und -verarbeitungen durch DCO oder Chaperons, wäre zu prüfen, ob das durch den NADA-Standard für Dopingkontrollen vorgeschriebene Verfahren selbst die grundlegenden Voraussetzungen von § 32 Abs. 1 BDSG erfüllt. Für die Beantwortung dieser Frage ist es notwendig, verschiedene Teile des Kontrollverfahrens zu bewerten.

---

des für die Probenahme ausgewählten Athleten; Begleitung und Beobachtung des Athleten bis zum Ende der Probenahme in der Dopingkontrollstation; und/ oder Bezeugen und Überprüfen der Probenahme, sofern er dafür geschult ist.“

i. Lückenlose Beobachtung während einer Dopingkontrolle

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist zu prüfen, ob eine zeitlich begrenzte lückenlose Beobachtung von Arbeitnehmern sich mit den Vorgaben des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG vereinbaren lässt.

Die Beobachtungsvorgaben, die das NADA-Kontrollverfahren beinhaltet, sind weitreichend. Nach den Vorgaben in Art. 3.3.2 Buchstabe (a) NADA-Standard für Dopingkontrollen besteht ab dem Zeitpunkt der persönlichen Benachrichtigung des Athleten über eine anstehende Dopingkontrolle für den DCO bzw. den Chaperon die Verpflichtung

> „(a) von diesem Zeitpunkt bis zum Zeitpunkt, an dem der *Athlet* die Dopingkontrollstation am Ende der *Probe*nahme verlässt, den *Athleten* unter ständiger Beobachtung zu halten;“

Praktisch bedeutet dies, dass sich Athleten nach der Benachrichtigung für einen unbestimmten Zeitraum nur noch begleitet und damit umfassend kontrolliert bewegen können. Der Beobachtungszeitraum kann sich über mehrere Stunden hinziehen, wenn etwa das Flüssigkeitsvolumen einer Urinprobe oder deren Dichte nicht ausreicht.

Das Verfahren für diese Fälle wird durch die Anlage E zum NADA-Standard für Dopingkontrollen vorgegeben. In Abschnitt E.3.1 heißt es unter der Gesamtüberschrift „Anforderungen“:

> „E.3.1 Ist das Volumen der entnommenen Probe nicht ausreichend, informiert der DCO den Athleten, dass eine weitere Probe entnommen werden muss, um ein geeignetes Urinvolumen für die Analyse zu erreichen.“

Eine umfassende Kontrolle der Athleten bis zum Moment der nächsten Probeentnahme leitet sich aus dem Abschnitt E.3.5 der Anlage E zum NADA-Standard für Dopingkontrollen ab:

> „E.3.5 Während der Athlet auf die Abgabe der nächsten Probe wartet, bleibt er unter ständiger Beobachtung und erhält die Möglichkeit, zu trinken.“

Zeitliche oder inhaltliche Begrenzung der Beobachtungsmöglichkeiten zugunsten der Beschäftigten enthalten die Vorgaben im NADA-Standard für Dopingkontrollen nicht. Dies weist auf intensive Eingriffe in Rechtspositionen der Athleten hin. Sie sind während einer Testphase zudem weitgehend von den Entscheidungen abhängig, die DCO oder Chaperon zur Zulässigkeit von Ausnahmen treffen.

Die Entscheidungsspielräume, die DCO und/oder Chaperon während der Dauer der Durchführung von Dopingkontrollen haben, sind weitgehend. Erfolgt die Kontrolle etwa während eines Wettkampfes, obliegt es nach Art. 3.3.4 NADA-Standard für Dopingkontrollen dem DCO und/oder Chaperon „nach eigenem Ermessen“, für bestimmte Fälle einem Ersuchen des Athleten um Verschiebung der Doping-Kontrolle nachzukommen. Zu den in Art. 3.3.4 NADA-Standard für Dopingkontrollen aufgezählten Aktivitäten, bei denen ein Aufschub der Dopingkontrollen ermöglicht werden kann, zählen bei Wettkampfkontrollen etwa die Teilnahme an Siegerehrungen oder die Erfüllung von Verpflichtungen gegenüber den Medien. Bei Trainingskontrollen kann eine Verschiebung beispielsweise bis zum Abschluss einer Trainingseinheit oder einer notwendigen Behandlung erfolgen. Während dieser Zeit bleibt es bei der lückenlosen Beobachtung.

Für sonstige Situation wie insbesondere für Kontrollen im Privatbereich enthält der NADA-Standard für Dopingkontrollen keine aufschiebenden Tatbestände. Die geplante Beobachtung ist damit für diese Situation lückenlos.

Zusammen mit der Aufforderung, sich einer Dopingkontrolle zu unterziehen, wird der Athleten gemäß Art. 3.3.1 NADA-Standard für Dopingkontrollen über Details des Verfahrens informiert. Die Information beinhaltet gemäß Art. 3.3.1 Buchstabe (g) NADA-Standard für Dopingkontrollen beispielsweise detaillierte Verhaltensanweisungen zum Trinkverhalten:

> „(g) dass der Athlet Nahrungsmittel oder Flüssigkeiten vor Abgabe der Probe auf eigenes Risiko einnimmt und unbedingt eine übermäßige Rehydratation vermei-

> den sollte, damit die Anforderung einer geeigneten spezifischen Dichte der Probe erfüllt werden kann;“

In Art. 3.3.1 Buchstabe (h) NADA-Standard für Dopingkontrollen finden sich Vorgaben, die es einem Athleten praktisch untersagen, eine Toilette aus dringenden Gründen aufzusuchen, die über die Urinabgabe hinausgehen:

> „(h) dass die vom Athleten abgegebene Probe der erste abgegebene Urin des Athleten nach der Benachrichtigung sein sollte, d. h. der Athlet sollte vor Abgabe der Probe beim Personal für die Probenahme kein Urin abgeben (z. B. unter der Dusche).“

Bereits diese Vorgaben sind bezogen auf die Persönlichkeitsrechte der Athleten als problematisch einzuschätzen und stellen im Ergebnis die datenschutzrechtliche Erforderlichkeit gemäß § 32 Abs. 1 BDSG in Frage, soweit es sich um Arbeitnehmer handelt (zur Sichtkontrolle bei der Urinabgabe vgl. den folgenden Abschnitt iii.). Dies folgt unmittelbar aus der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen. Das Untersagen eines notwendigen Toilettenbesuchs stellt ebenso eine unverhältnismäßige Verletzung der Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern dar wie eine Einschränkung der Möglichkeit, den eigenen Durst zu löschen.

Kritisch sind in diesem Zusammenhang auch die praktischen Konsequenzen einzuschätzen, die aus dem NADA-Standard für Dopingkontrollen folgen. Diese Feststellung gilt zunächst für die Tatsache der Beobachtung an sich. Sie ist von unbestimmter Länge und kann sich bei einer ungenügenden Urinmenge bzw. bei deren unzureichender Dichte über mehrere Stunden hinziehen. Während dieser Zeit ist ein Athlet gehindert, sich nach eigener Entscheidung unbeobachtet zu betätigen. Diese Situation ist schon im Rahmen eines Wettkampfes oder während des Trainings problematisch, weil sie aus arbeitsrechtlicher Sicht eine unzulässige Totalkontrolle während der Arbeitszeit darstellt. Zwar werden umfangreiche Kontrollen von Arbeitnehmern von der Rechtsprechung in Einzelfällen als zulässig erachtet. Es müssen aber sowohl hinsichtlich der Dauer der Kontrollen als auch bezüglich des Grundes für ihre Durchführung bestimm-

te Voraussetzungen erfüllt sein. Insbesondere müssen Kontrollen, die in Persönlichkeitsrechte eingreifen, sich zeitlich auf das notwendige Minimum beschränken.

Das Bundesarbeitsgericht hat weitreichende und weitgehende Kontrollen von Beschäftigten nur während der Probezeit zugelassen.[106] Die Zulässigkeit von Kontrollen war in diesem Fall zudem nur für die Dauer der geschuldeten Arbeitsleistung gegeben, nicht aber während einer Arbeitspause oder einer anderen zulässigen Arbeitsunterbrechung.

Für die Prüfung der Zulässigkeit von Kontrollen gibt das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung[107] bezogen auf den konkreten Fall vor, dass diese unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit durchzuführen ist. In diesem Sinn führt es bezogen auf Regelungen in einer Betriebsvereinbarung, die in Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten eingreifen, das Folgende aus:

> „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die von den Betriebsparteien bzw. der Einigungsstelle getroffene Regelung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen *(*BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173*, zu B I 2 d der Gründe; vgl. auch* BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - *und* - 1 BvR 1254/07 - *Rn. 163,* NJW 2008, 1505*)* .[108]

Die drei genannten Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der angemessenen Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte müssen kumulativ gegeben sein. Zur Erforderlichkeit findet sich in der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die folgende Aussage:

> „Erforderlich ist die Regelung, wenn kein anderes, gleich wirksames und das Persönlichkeitsrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht. Auch insoweit haben Betriebsparteien und Einigungsstelle einen gewissen Beurteilungs-

---

106 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 30.08.95 (Aktz. 1 ABR 4/95), NZA 96, 218, dass das Mithören von Telefongesprächen nur während der Probezeit für zulässig erklärt hat.

107 Ausführlich etwa *Bundesarbeitsgericht* vom 26.08.08 (Aktz. 1 ABR 16/07), NZA 08, 1178

108 BAG, a.a.O.

> spielraum (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d bb der Gründe).“[109]

In der Umkehrung dieses Arguments ist festzustellen, dass Kontrollen, die in Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern eingreifen, zwingend unterbleiben müssen, wenn einem Arbeitgeber andere ebenso wirksame Mittel zur Erreichung des Kontrollzwecks zur Verfügung stehen. Dies wäre der Fall, wenn es andere Verfahren zur Doping-Kontrolle gibt, die Persönlichkeitsrechte weniger tangieren als das aktuelle Verfahren. Nach dem von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausgeprägten Ultima-Ratio-Prinzips[110] müssten diese Methode zwingend gewählt werden.

Sowohl das aktuelle Doping-Kontrollverfahren wie auch möglicherweise bestehende Alternativen sind nach den Vorgaben des Bundesarbeitsgerichts weiterhin darauf zu überprüfen, ob sie unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sind.

> „Angemessen ist eine Regelung, wenn sie als im engeren Sinn verhältnismäßig erscheint. Um das festzustellen, bedarf es einer Gesamtabwägung der Intensität des Eingriffs und des Gewichts der ihn rechtfertigenden Gründe (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d cc der Gründe mwN; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 168, NJW 2008, 1505) . Diese Abwägung kann nicht abstrakt vorgenommen werden. (…) Maßgeblich sind vielmehr die Gesamtumstände (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO).“[111]

Die lückenlose Überwachung durch Beobachtung, die ausdrücklich einen unbeobachteten Gang zur Toilette ausschließt, stellt sich aus arbeitsrechtlicher Sicht ohne weitere Untersuchung als eindeutig unverhältnismäßig und damit als unangemessen im Sinne der durchzuführenden Bewertung dar. Eine solche Vorgabe greift in unzulässiger Weise in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsrechte der Be-

---

[109] *Bundesarbeitsgericht* vom 26.8.08, a.a.O.

[110] Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 29.6.04, a.a.O.

[111] *Bundesarbeitsgericht* vom 26.8.08, a.a.O.

schäftigten ein (vgl. hierzu auch Kapitel II Abschnitt 2.b). Für die Unverhältnismäßigkeit ist von Bedeutung, ob es sich um eine Verdachtsprüfung handelt, für die

> „ … der Betroffene einen ihm zurechenbaren Anlass für die Datenerhebung (…) geschaffen hat - etwa durch eine Rechtsverletzung - oder ob diese anlasslos erfolgt.“[112]

Aus der Unangemessenheit der Maßnahmen folgt deren Unzulässigkeit. Dies gilt selbst dann, wenn ein Arbeitgeber sie im Einzelfall für erforderlich hält. Diese Feststellung führt unmittelbar zu der Erkenntnis, dass ein Rückgriff auf § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zur Legitimierung einer Datenerhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht zulässig ist.

Bezogen auf allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze unverträglich und ebenfalls ohne datenschutzrechtliche Grundlage ist die Vorgabe des NADA-Standard für Dopingkontrollen bezogen auf das Verhalten der Athleten während der Beobachtungszeit: Hat ein Sportler etwa innerhalb des in der Arbeitszeit liegenden Beobachtungszeitraums einen dringenden Termin bei seinem Arzt, seinem Rechtsberater, seiner Bank usw. oder will er mit einem Seelsorge sprechen, muss er sich nach dem NADA-Standard für Dopingkontrollen permanent von einem Chaperon begleiten lassen. Dies schließt eine Teilnahme an Gesprächen ein, deren Vertraulichkeit durch besondere gesetzliche Vorgaben garantiert ist (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.b.i.). Dies stellt insgesamt einen nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte dar.

ii. Kontrollen außerhalb der Arbeitszeit

Das mögliche zeitliche Volumen der Beobachtung im Rahmen einer Doping-Kontrolle ist aus arbeitsrechtlicher Sicht dann kritisch zu bewerten, wenn es über die vereinbarte bzw. betriebsübliche Arbeitszeit von Athleten hinausgeht. Mit Blick auf die vertraglich geschuldeten Leistungen kann eine vom Arbeitgeber veranlasste oder gewollte

---

112 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 26.8.08, a.a.O.

Beobachtung nur während der vereinbarten Arbeitszeit erfolgen. Endet diese vor Abschluss des laufenden Kontrollverfahrens, stehen dem Arbeitgeber bzw. den in seinem Auftrag oder mit seiner Billigung handelnden DCO oder Chaperons gegenüber Beschäftigten keine weiteren Überwachungskompetenzen mehr zu. Kann eine Dopingkontrolle nicht bis zum Ende der individuellen Arbeitszeit abgeschlossen werden, gibt es keinen arbeitsvertraglichen Anspruch des Arbeitgebers, von seinen Beschäftigten die weitere Teilnahme am Kontrollverfahren und die Akzeptanz der hiermit verbundenen Beobachtung zu verlangen.

Bei der Durchführung der Doping-Tests und hiermit evtl. verbundener Beobachtungen müssen in diesem Zusammenhang von Arbeitgebern die durch das Arbeitszeitgesetz (ArbZG)[113] vorgeschriebenen täglichen Höchstarbeitszeiten (§ 3 ArbZG), Ruhepausen (§ 4 ArbZG) und Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) gesichert werden. Während der Dauer von Ruhepausen wie Ruhezeiten sind alle arbeitsvertraglichen Pflichten suspendiert. Dies steht einer fortwährenden Beobachtung durch im Interesse oder im Auftrag des Arbeitgebers handelnde Personen entgegen.

Arbeitgeber können sich aus arbeitszeitrechtlicher Sicht auch nicht darauf berufen, dass es sich bei Dopingkontrollen um besondere Fälle im Sinne von § 14 ArbZG handelt.

> „§ 14 Außergewöhnliche Fälle
>
> (1) Von den §§ 3 bis 5, 6 Abs. 2, §§ 7, 9 bis 11 darf abgewichen werden bei vorübergehenden Arbeiten in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen, die unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind, besonders wenn Rohstoffe oder Lebensmittel zu verderben oder Arbeitsergebnisse zu mißlingen drohen.
>
> (2) Von den §§ 3 bis 5, 6 Abs. 2, §§ 7, 11 Abs. 1 bis 3 und § 12 darf ferner abgewichen werden,
>
> 1. wenn eine verhältnismäßig geringe Zahl von Arbeitnehmern vorübergehend mit Arbeiten beschäftigt wird, deren Nichterledigung das Ergebnis der Arbei-

---

113 Arbeitszeitgesetz vom 6.6.1994 (BGBl. I, S. 1170, 1171), zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 15.7.2009 (BGBl. I, S. 1939).

ten gefährden oder einen unverhältnismäßigen Schaden zur Folge haben würden,

2. bei Forschung und Lehre, bei unaufschiebbaren Vor- und Abschlußarbeiten sowie bei unaufschiebbaren Arbeiten zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen oder zur Behandlung und Pflege von Tieren an einzelnen Tagen,

wenn dem Arbeitgeber andere Vorkehrungen nicht zugemutet werden können."

Weder sind Dopingkontrollen Notfälle oder außergewöhnliche Fälle, die im Sinne von § 14 Abs. 1 ArbZG vom Arbeitgeber nicht beeinflusst werden können noch werden die in § 14 Abs. 2 ArbZG abschließend aufgezählten Tatbestände erfüllt.

Eine gesetzliche Rechtfertigung für das Verlangen von Arbeitgebern an die von ihnen beschäftigten Athleten, sich Dopingkontrollen und den hiermit verbundenen Beobachtungen außerhalb der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit zu unterwerfen, gibt es damit nicht.

Der Arbeitgeber ist im Gegenteil verpflichtet, von seinen Arbeitnehmern die Einhaltung der Vorgaben der Arbeitszeitordnung zu verlangen. Diese Situation steht der gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG notwendigen Erforderlichkeit entgegen, sobald die Arbeitszeit beendet ist. Arbeitgeber haben keinen Anspruch darauf, dass ihre Beschäftigten sich dem Verfahren nach dem NADA-Standard für Dopingkontrollen zeitlich unbefristet unterwerfen und damit zur Erhebung und Verarbeitung von Daten beitragen. Sie müssen im Gegenteil sicherstellen, dass das zwingende Arbeitsschutzrecht eingehalten wird.

iii. Sichtkontrolle

Die Datenerhebung bei der Durchführung von Dopingkontrollen unterfällt gemäß § 32 Abs. 2 BDSG dem Anwendungsbereich des Gesetzes. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG kommt aufgrund dieser Vorschrift für jede Form der Erhebung und Verarbeitung von Beschäf-

tigtendaten zur Anwendung.[114] Mit Blick auf die hiermit verbundenen Eingriffe in Rechte der Beschäftigten ist vor diesem normativen Hintergrund das Verfahren zur praktischen Durchführung von Urinproben kritisch zu bewerten.

Eine grundlegende Anweisung zur Durchführung der Urinproben enthält der NADA-Standard für Dopingkontrollen in Art. 5.3:

> „5.3 Voraussetzungen für die Probenahme
>
> 5.3.1 Der DCO entnimmt die Probe des Athleten gemäß der/ den folgenden Ausführung(en) zur Entnahme einer bestimmten Probenart:
>
> (a) Anhang C: Entnahme von Urinproben“

In Anhang C zum NADA-Standard für Dopingkontrollen werden „Beobachtungsmöglichkeiten“ während der Abgabe der Urinprobe festgeschrieben.

> „C.3.9 Der DCO sorgt für einen ungehinderten Blick darauf, wie die Probe den Körper des Athleten verlässt, und beobachtet die Probe nach der Abgabe bis sie sicher versiegelt ist. Der DCO legt darüber schriftlich Zeugnis ab. Um einen ungehinderten Blick auf die Abgabe der Probe zu erhalten, weist der DCO den Athleten an, Kleidung, die den ungehinderten Blick auf die Abgabe der Probe verdeckt, abzulegen oder sie entsprechend zu richten. Nach Abgabe der Probe stellt der DCO auch sicher, dass der Athlet zum Zeitpunkt der Abgabe keinen zusätzlichen Urin abgibt, der im Sammelbehälter hätte sichergestellt werden können.“

Diese Vorgabe greift intensiv in die als Teil der allgemeinen Persönlichkeitsrechte durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Intimsphäre der betroffenen Athleten ein (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.b). Sie geht weit über die Kontrollmöglichkeiten hinaus, die Arbeitgebern ansonsten gegenüber Arbeitnehmern zugestanden wird.

Für den arbeitsrechtlichen Bereich ist es in diesem Zusammenhang unstreitig, dass vom Arbeitgeber veranlasste Personenkontrollen und Leibesvisitationen unmittelbar mit dem Grundrecht der Arbeitnehmer auf Unverletzlichkeit ihrer Person und ihrer Freiheit kollidieren. Entsprechende Maßnahmen können deshalb nur mit Einwilligung

---

[114] Vgl. *Gola/Schomerus*, § 32 Rn. 7.

der betroffenen Arbeitnehmer durchgeführt werden. Eine einseitige Anordnung von Kontrollen, die in das Grundrecht gemäß Art. 2 Abs. 2 GG eingreifen, können Arbeitgeber hingegen weder unter Rückgriff auf ihr Direktionsrecht durchsetzen noch unter Berufung auf die aus § 242 BGB abgeleiteten Rücksichtnahmepflichten, die Arbeitnehmer haben.[115] Soweit Personenkontrollen vor diesem Hintergrund auch mit Einverständnis der Betroffenen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses überhaupt zulässig sind, dürfen sie das Ehr- und Schamgefühl der Arbeitnehmer nicht verletzen und müssen verhältnismäßig sein.[116] Sichtkontrollen auf Toiletten sind im arbeitsrechtlichen Rahmen immer unverhältnismäßig.[117]

Die durch den NADA-Standard für Dopingkontrollen vorgeschriebene direkte Beobachtung bei der Urinabgabe geht weit über das hinaus, was nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorgaben Arbeitnehmern an persönlichen Kontrollen selbst auf Basis einer wirksamen Einwilligung noch zumutbar ist (zur Einwilligung vgl. Kapitel IV). Entsprechende Forderungen von Arbeitgebern zur Einräumung von Beobachtungsmöglichkeiten sind schon mit Blick auf den Schutzrahmen von Art. 2 Abs. 2 GG unverhältnismäßig und damit unzulässig. Dieses Grundrecht garantiert das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie die Freiheit der Unverletzlichkeit einer Person. Eingriffe in dieses Grundrecht sind nur auf Grund eines Gesetzes zulässig.

Da eine gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Dopingkontrollen fehlt, steht das Grundrecht gemäß Art. 2 Abs. 2 GG der direkten Beobachtung bei der Urinabgabe entgegen. Dieses Verfahren kann aufgrund des Sittenverstoßes auch durch eine Einwilligung der Betroffenen nicht legitimiert werden.

Auch die durch Art. 2 Abs. 1 GG als Teil der Persönlichkeitsrechte geschützte Intimsphäre wird durch diese Form der Kontrolle verletzt, was ebenfalls für die Unverhältnismäßigkeit einer entsprechenden Anforderung spricht. Hinzu kommt, dass das An-

---

115 Vgl. insgesamt Münch.Hdb.-*Blomeyer*, § 53 Rn. 33.

116 Vgl. Schaub-*Linck*, § 55, Rn. 25.

117 Vgl *Landesarbeitsgericht Stuttgart* vom 15.12.49 (Aktz.: I Sa 274/49), RdA 50, 274.

sinnen, sich beim Urinieren beobachten lassen zu müssen, im Sinne von § 138 BGB ein ungehöriger, dem Sitten- und Ordnungsgefühl jedes billig und gerecht Denkenden zutiefst widersprechender Vorgang ist. Bezüglich der Überwachung von Arbeitnehmern auf der Toilette hat das *LAG Stuttgart* schon 15.12.1949 festgestellt, dass derartige Kontrollen

> „(…) zwangsläufig einen widerlichen Charakter annehmen.“[118]

Folglich hat es Kontrollmaßnahmen dieser Art als generell unzulässig angesehen und damit einen klaren Maßstab gesetzt.

Untermauert wird die Bewertung , dass die direkte Beobachtung beim Urinieren gegen Sitte und Anstand verstößt, durch die Feststellung, dass das durch den NADA-Standard für Dopingkontrollen vorgeschriebene Verfahren im Ergebnis über die Maßnahmen hinausgeht, die man verurteilten Straftätern im Rahmen des staatlichen Strafvollzugs zumutet. Nach § 84 Abs. 2 Strafvollzugsgesetz (StVollzG)[119] ist beispielsweise eine mit einer Entkleidung verbundene körperliche Durchsuchung von Strafgefangenen nur bei Gefahr im Verzug oder auf Anordnung der Anstaltsleitung im Einzelfall zulässig. Über diese begrenzte Möglichkeit der körperlichen Untersuchung von Strafgefangenen geht das Verfahren nach dem NADA-Standard für Dopingkontrollen im Ergebnis weit hinaus, indem es Athleten zwingt, sich zu entkleiden und vor den Augen fremder Menschen zu urinieren.

Nach Art. C.3.9. in der Anlage zum NADA-Standard für Dopingkontrollen geht die Verpflichtung der Athleten bei der Urinabgabe sogar so weit, Kleidung nach den Vorgaben des DCO ablegen zu müssen.

> „C.3.9 Der DCO sorgt für einen ungehinderten Blick darauf, wie die Probe den Körper des Athleten verlässt, und beobachtet die Probe nach der Abgabe bis sie

---

118 *Landesarbeitsgericht Stuttgart* vom 15.12.49, a.a.O.

119 Strafvollzugsgesetz vom 16.3.1976 (BGBl. I, S. 581, 2088), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I, S. 2274).

> sicher versiegelt ist. Der DCO legt darüber schriftlich Zeugnis ab. Um einen ungehinderten Blick auf die Abgabe der Probe zu erhalten, weist der DCO den Athleten an, Kleidung, die den ungehinderten Blick auf die Abgabe der Probe verdeckt, abzulegen oder sie entsprechend zu richten. (….)“

Das Ansinnen an Athleten, gemäß der NADA-Vorgaben beim beobachteten Urinieren auf Verlangen Dritter auch noch Kleidungsstücke ablegen zu müssen, ist nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der offenkundigen Unverhältnismäßigkeit sowie der gegebenen Sittenwidrigkeit unzulässig. Damit scheidet eine datenschutzrechtliche Erforderlichkeit gemäß § 32 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BDSG aus. Arbeitgeber können Datenerhebungen in Form von „beobachteten Urinproben“ weder für eigene Zwecke fordern noch für solche, die von der NADA oder anderen ADO angeordnet oder durchgeführt werden.

Diese Feststellung erfolgt ausdrücklich in Kenntnis der Tatsache, dass in der Vergangenheit Athleten durch die Abgabe von am Körper bevorratetem Fremdurin Dopingproben gezielt unterlaufen haben. Rechtlich relevant ist in diesem Zusammenhang aber einzig und allein, dass Athleten durch die Beobachtungsmaßnahme im Kernbereich ihrer Persönlichkeitsentfaltung getroffen und dadurch in ihrem natürlichen Schamgefühl zutiefst verletzt werden. Zudem würden alle Athleten einem Generalverdacht unterstellt, auf betrügerische Weise Wettkämpfe zu verfälschen, wenn ihnen das frühere Fehlverhalten Dritter zugerechnet würde. Dies führt unmittelbar zu der Notwendigkeit, über alternative Verfahren nachzudenken.

Bezogen auf Arbeitsverhältnisse bleibt im Ergebnis die Feststellung, dass das Verfahren zur Sichtkontrolle bei der Abgabe von Urinproben weder aus arbeits- noch aus datenschutzrechtlicher Sicht als zulässig erachtet werden kann. Einer Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG steht die Sittenwidrigkeit und ihre damit bestehende Unverhältnismäßigkeit entgegen.

Diese Feststellung gilt insbesondere, und dies kann nicht unerwähnt bleiben, wenn in Einzelfällen jugendliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne von § 1

Abs. 1 Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG)[120] betroffen sind, die noch nicht achtzehn Jahre alt sind. Die Durchführung von Sichtkontrollen bei der Urinabgabe steht insbesondere im Widerspruch zur Vorgabe des § 28 Abs. 1 Satz 1 JArbSchG. Dort heißt es:

> „(1) Der Arbeitgeber hat bei der Einrichtung und der Unterhaltung der Arbeitsstätte einschliesslich der Maschinen, Werkzeuge und Geräte und bei der Regelung der Beschäftigung die Vorkehrungen und Massnahmen zu treffen, die zum Schutz der Jugendlichen gegen Gefahren für Leben und Gesundheit sowie zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der körperlichen oder seelisch-geistigen Entwicklung der Jugendlichen erforderlich sind.“

Es liegt auf der Hand, dass die durch den NADA-Standard für Dopingkontrollen vorgeschriebenen Sichtkontrollen geeignet sind, die seelisch-geistige Entwicklung negativ zu beeinflussen. Hieraus leitet sich eine Verpflichtung der Arbeitgeber ab, jugendliche Arbeitnehmer vor derartigen Eingriffen sowie innerhalb des Betriebs als auch gegenüber Dritten zu schützen.

Diese Schutzpflichten stehen in einem praktisch unauflösbaren Widerspruch zu den spezifischen Vorgaben des NADA-Standard für Dopingkontrollen für Minderjährige. Unter B.1 heißt es in dessen Anhang B:

> „Auf die Bedürfnisse von Minderjährigen wird bei der Probenahme soweit wie möglich Rücksicht genommen, ohne die Identität dieser zu beeinträchtigen.“

Praktisch bedeutet dies nach den Ausführungen in B.3.4 der Anlage zum NADA-Standard für Dopingkontrollen:

> „B.3.4 Ziel ist es, sicherzustellen, dass der DCO auch bei Minderjährigen die Abgabe der Probe ordnungsgemäß beobachtet. Minderjährige, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, dürfen jedoch die Beobachtung der Probenahme durch den DCO ablehnen.“

---

120 Jugendarbeitsschutzgesetz vom 12.4. 1976 (BGBl. I, S. 965) zuletzt geändert durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 31. Oktober 2008 (BGBl. I, S. 2149).

Für Athleten in der Altersklasse zwischen sechszehn und achtzehn Jahren gibt es damit keinerlei besonderen Schutz und für jüngere nur einen wunschgemäßen Ausschluss der „Beobachtung“. Diese Situation dürfen Arbeitgeber mit Blick auf § 28 abs. 1 Satz 1 JArbSchG nicht akzeptieren oder fördern.

iv. Zwischenergebnis

Die Umsetzung der Doping-Kontrollmöglichkeiten nach den Vorgaben des NADC nebst ergänzenden Standards zur praktischen Umsetzung, die Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern durch Regelungen im Spielerarbeitsvertrag vorgeben, sind aus arbeitsrechtlicher Sicht aus unterschiedlichen Gründen als nicht verhältnismäßig und damit als unzulässig bzw. rechtswidrig zu qualifizieren. Die Meldepflichten gemäß der Art 2.4 bzw. 3 NADA-Standard für Meldepflichten sind als unzulässige Totalkontrolle zu qualifizieren und damit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses unzulässig. Die Durchführung der Dopingkontrollen selbst verletzt Persönlichkeitsrechte der angestellten Athleten in unzulässiger Weise. Diese Feststellung gilt sowohl für die permanente Beobachtung während der Kontrollphase gemäß Art. 3.3.2 Buchstabe (e) NADA-Standard für Dopingkontrollen als auch für die Sichtkontrolle bei der Urinabgabe gemäß Art. C.3.9 der Anlage C zu dieser Regelung.

Für die datenschutzrechtliche Bewertung hat die Feststellung der arbeitsrechtlichen Unzulässigkeit entsprechender Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsvorgänge unmittelbar zur Folge, dass die gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG notwendige Erforderlichkeit der Verwendung dieser Informationen für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses nicht gegeben ist. Damit besteht für die zu bewertenden Doping-Kontrollmaßnahmen nach NADA-Vorgaben keine datenschutzrechtliche Grundlage gemäß § 4 Abs. 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG. In der Folge gibt es auch für die Aufforderung, Daten in das System ADAMS einzugeben, keine Rechtsgrundlage. Folglich ist der Zugriff von NADA oder anderen ADO auf die dort unzulässig gespeicherten In-

formationen aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht legal. Mangels Rechtsgrundlage muss die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten unterbleiben.

d) Umgang mit Gesundheitsinformationen durch Arbeitgeber

Fallen im Rahmen von Anti-Dopingmaßnahmen Informationen über den Gesundheitszustand von Beschäftigten an, bestimmt sich die Zulässigkeit ihrer weiteren Verarbeitung und Nutzung nach allgemeinen arbeits- wie datenschutzrechtlichen Vorgaben.

Bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt fallen Informationen zur Gesundheit von Athleten insbesondere dann an, wenn es zu einem Doping-Missbrauch gekommen ist. Für diese Fälle sieht Art. 14.3.2. NADC sogar die Veröffentlichung von Gesundheitsdaten vor:

> „14.3.2 Spätestens zwanzig (20) Tage, nachdem die Entscheidung ergangen ist, dass ein Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen vorliegt oder gegen die Entscheidung des Disziplinarorgans kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden kann, soll die für das Ergebnismanagement zuständige Anti-Doping-Organisation die Entscheidung veröffentlichen und dabei insbesondere Angaben zur Sportart, zur verletzten Anti-Doping-Bestimmung, zum Namen des Athleten oder der anderen Person, der/die den Verstoß begangen hat, zur verbotenen Substanz oder zur verbotenen Methode sowie zu den Konsequenzen machen.“

Aus der Bekanntmachung, dass bestimmte Athleten verbotene Substanzen und Methoden verwendet haben, lassen sich direkt oder indirekt Rückschlüsse auf deren Gesundheit ziehen. Die Weitergabe dieser Informationen an Dritte bzw. an die Öffentlichkeit widerspricht den arbeitsrechtlichen Schranken, die Arbeitgeber für den Umgang mit den Daten ihrer Beschäftigten auferlegt sind. Selbst wenn sie Gesundheitsdaten im Rahmen von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässigerweise hätten erheben können, wären sie im Ergebnis einer vorzunehmenden Interessenabwägung daran gehindert, diese Informationen ohne Zustimmung oder gar entgegen dem Willen von Betroffenen an Dritte bzw. an die Öffentlichkeit weiter zu geben.

Im arbeitsrechtlichen Bereich wurde die Frage des Umgangs mit Gesundheitsdaten bisher vorrangig im Zusammenhang mit dem Fragerecht von Arbeitgebern im Bewerbungsverfahren und dem hiermit korrespondierenden Recht zur Durchführung von Einstellungsuntersuchungen diskutiert. Ärztliche Untersuchungen sind in diesen Fällen nur zulässig, wenn gewonnene Erkenntnisse für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Der Arbeitgeber muss an den Informationen ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse haben.[121]

Als Ergebnis einer ärztlichen Untersuchung darf der Arzt an den Arbeitgeber lediglich ein allgemeines Urteil mit der Aussage „geeignet“ oder „ungeeignet“ abgeben. Die Mitteilung einer Diagnose oder von Krankheitsdetails ist hingegen unzulässig.[122] Diese Vorgabe engt die Erkenntnismöglichkeiten von Arbeitgebern bezüglich der Gesundheitsdaten von Arbeitnehmern mit Blick auf deren Persönlichkeitsrecht grundlegend ein.

Für den Umgang mit Gesundheitsdaten im arbeitsrechtlichen Bereich und bei Bewerbungsverfahren gibt es keine bereichsspezifische Rechtsgrundlage.[123] Diese ist auch in § 32 Abs. 1 BDSG nicht enthalten. Deshalb ist die Durchführung von ärztlichen Untersuchungen wie auch die sonstige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Gesundheitsdaten nur auf der Grundlage einer freiwilligen Einwilligung von Beschäftigten zulässig.[124] Durch eine Einwilligung kann ein Bewerber den untersuchenden Arzt indes nicht vollständig von der Schweigepflicht entbinden, da ihm hierfür im Rahmen des Bewerbungsverfahrens die notwendige Entscheidungsautonomie fehlt.[125] Es gelten insoweit dieselben Grundsätze wie bei einer Einwilligung auf der Grundlage von § 4a Abs. 1 und 3 BDSG (vgl. Kapitel IV).

---

121 Vgl. zur Rechtsprechung etwa *Bundesarbeitsgericht* vom 7.6.84 (Aktz.: 2 AZR 270/83), NZA 85, 57, m.w.N.

122 Vgl. statt vieler Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 34; ErfK-Preis, § 611 Rn. 272 ff. BGB, jeweils m.w.N.

123 Vgl. Kittner/Zwanziger-*Becker*, § 18 Rn. 26.

124 Ebenso ErfK-*Preis*, § 611, Rn. 405; Kittner-Zwanziger-*Becker*, § 18 Rn. 28.

125 *Däubler*, Rn. 230.

Das durch den NADC vorgegebene Verfahren zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten und insbesondere zur personenbezogenen Veröffentlichung von Gesundheitsdaten steht damit weder mit dem engen Spielraum im Einklang, der sich für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten für Arbeitgeber aus den Vorgaben der Rechtsprechung ableitet noch mit den Möglichkeiten aus § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

Einen konkreten Verstoß gegen die vorstehend dargelegten Vorgaben beinhaltet im Übrigen auch die Regelung in § 2 Abs. 5 des vorliegenden Musters eines Spielervertrags, soweit dadurch die behandelnden Ärzte gegenüber dem Arbeitgeber von ihren Schweigepflichten entbunden werden.

Diese Klausel ist aufgrund einer fehlenden freiwilligen Einwilligung unwirksam (vgl. Kapitel IV).

e) Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten zum Zweck interner Strafermittlungen

Erfüllt die Verwendung von Doping-Mitteln Straftatbestände, bestimmt sich die Zulässigkeit einer hierauf bezogenen Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten im Arbeitsverhältnis durch § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG.

> „Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.“

Diese Regelung legitimiert Kontrollmaßnahmen nur bezogen auf eine konkret verdächtige Person.[126] Die vermuteten Straftaten müssen zudem im Beschäftigungsverhältnis begangen worden sein und sich gegen den Arbeitgeber richten.[127] Eine Befugnis zur Durchführung generalpräventiver Maßnahmen leitet sich aus § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG hingegen nicht ab. Straftaten außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses, d.h. insbesondere solche während der Freizeit, werden von der Erlaubnisnorm des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG nicht erfasst. Die Vorschrift eröffnet Arbeitgebern diesbezüglich keine Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsbefugnisse.

Die auf der Grundlage eines durch dokumentierte tatsächliche Anhaltspunkte begründeten Verdachts erfolgte Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten muss verhältnismäßig sein. Ein schutzwürdiges Interesse der Beschäftigten, das der Verwendung der Daten entgegensteht, darf nicht überwiegen.

Bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt eröffnet die Norm Arbeitgebern nur einen begrenzten Handlungsspielraum. Sie setzt schon vom Wortlaut voraus, dass ein durch Tatsachen begründeter Verdacht gegen einen bestimmten Beschäftigten besteht.[128] Es muss sich zudem um Straftaten handeln, die im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses begangen wurden. Ein strafrechtlich relevanter Umgang mit Dopingmitteln im privaten Bereich bleibt damit vom Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen. Bereits diese Vorgaben stehen der Durchführung der von der NADA initiierten Kontrollen im Arbeitsverhältnis entgegen, da diesen gerade kein konkreter Verdacht gegen bestimmte Personen zugrunde liegt.

Zudem müsste eine strafbewehrte Verwendung von illegalen Doping-Mitteln im Rahmen der geschuldeten Arbeitszeit erfolgt sein. Dieser Nachweis fällt in der Praxis schwer.

---

126 *Gola/Schomerus*, § 32 Rn. 28.

127 *Gola/Schomerus*, § 32 Rn. 30.

128 Ähnlich Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 102.

Der Durchführung der von der NADA vorgegebenen Verfahren stehen zudem die Bedenken entgegen, die in Kapitel II zur Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, und insbesondere die zum Thema „Schutz vor Selbstbelastung“ formuliert wurden (vgl. dort Kapitel Abschnitt 2.b.i.). Diese sprechen gegen eine Erforderlichkeit gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

Aus § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG lässt sich im Ergebnis selbst bezogen auf individuelle Straftaten, die im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses begangen wurden, keine datenschutzrechtliche Legitimation für die umfassende und ohne konkreten Verdacht mögliche Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nach den Anti-Doping Vorgaben der NADA ableiten. Die Vorschrift könnte unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit überhaupt nur dann zur Anwendung kommen, wenn Straftaten gegen den Arbeitgeber innerhalb der Arbeitszeit begangen werden. Nicht zur Anwendung kommt sie hingegen, wenn Straftaten sich gegen andere Personen oder Stellen außerhalb des Arbeitsverhältnisses richten.

f) Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten aus der Privatsphäre von Beschäftigten

Die auf der Grundlage des NADC bestehenden Meldepflichten, die durch die Vorgaben im NADA-Standard für Meldepflichten präzisiert werden, sind zeitlich, örtlich und sachlich nicht auf das eigentliche Arbeitsverhältnis begrenzt, sondern erfassen ausdrücklich das Privatleben der betroffenen Athleten. Dies machen insbesondere die Meldevorgaben deutlich, die gemäß Art. 3.1.1 NADA-Standard für Meldepflichten für Athleten bestehen, die dem RTP-Testpool angehören. Vorgaben zur Erreichbarkeit im Privatleben enthält insbesondere Art. 3.1.2. NADA-Standard für Meldepflichten:

> „3.1.2 Die Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit müssen für jeden Tag des folgenden Quartals ein bestimmtes 60-minütiges Zeitfenster zwischen 6 und 23 Uhr enthalten, zu dem der Athlet an einem bestimmten Ort für Dopingkontrollen erreichbar ist und zur Verfügung steht.“

Diesen Vorgaben stehen arbeits- wie datenschutzrechtliche Grundsätze entgegen. Eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, die sich auf das Privatleben von angestellten Athleten beziehen, durch den Arbeitgeber bzw. durch in seinem Auftrag oder in seinem Interesse tätige Personen ist nur im Rahmen von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des letzten Halbsatzes dieser Norm, der festlegt, dass nur personenbezogene Daten, die

> „nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung erforderlich sind"

erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen. Die so legitimierte Verwendungsbefugnis beschränkt sich auf personenbezogene Informationen, die einen direkten Bezug zum Beschäftigungsverhältnis aufweisen. Andere Daten aus dem privaten Bereich werden schon deshalb nicht erfasst, weil sie ohne Relevanz für die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung sind.

Daten aus der Privatsphäre können ausnahmsweise vom Arbeitgeber erhoben und verarbeitet werden, wenn dies unmittelbar für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses und der hiermit im Zusammenhang stehenden Pflichten notwendig ist. Hierzu gehören neben Identifikationsdaten wie Name und Anschrift beispielsweise Angaben zur Bankverbindung oder zu nächsten Angehörigen, die im Fall eines Betriebsunfalls informiert werden sollen. Die Verarbeitung und Nutzung dieser Daten ist gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG erforderlich. Die notwendigen Daten werden in diesen Fällen von Arbeitnehmern nach eigener Entscheidung übermittelt und nicht etwa vom Arbeitgeber im Privatbereich seines Beschäftigten eigenhändig erhoben.

Arbeitgeber können von Beschäftigten bezogen auf deren Privatleben im Übrigen nur verlangen, dass sie dieses so ausrichten, dass zu Dienstantritt eine Arbeitsfähigkeit besteht. Dies bedeutet beispielsweise für einen Berufskraftfahrer, dass er sich am Vorabend einer Frühschicht nicht betrinken sollte. Missachtet er diese Vorgabe und erscheint fahruntüchtig zum Dienst, kann dies im Ergebnis zu einer verhaltensbeding-

ten Kündigung führen. Arbeitnehmern ist es insoweit aufgrund allgemeiner arbeitsvertraglicher Nebenpflichten verboten, sich vor Arbeitsbeginn oder während der Arbeitspausen in einen Zustand zu versetzen, in dem sie sich oder andere gefährden können.[129]

Kontrollrechte bezüglich der Einhaltung nebenvertraglicher Pflichten stehen einem Arbeitgeber nur innerhalb seiner Rechtsphäre zu, nicht aber in der privaten Sphäre der Beschäftigten. Gleiches gilt für Dritte, die entsprechende Kontrollen im Auftrag oder im Interesse des Arbeitgebers durchführen. So könnte etwa ein Berufskraftfahrer einem vom Arbeitgeber beauftragten Detektiv den Zutritt zu seiner Wohnung unter Verweis auf die durch Art. 13 Abs. 1 GG garantierte Unverletzlichkeit der Wohnung verwehren, ohne dass dies arbeitsrechtlich sanktioniert werden könnte. Entsprechendes gilt auch im Rahmen von Anti-Dopingmaßnahmen.

Die Möglichkeit der eigenständigen Erhebung von Informationen aus dem geschützten Privatbereich gesteht die Rechtsprechung Arbeitgebern nicht zu. Das Erkenntnisinteresse von Arbeitgeber ist zudem selbst in seinen Betriebsräumen reduziert, wenn für Arbeitnehmer dort persönliche Bereiche geschaffen werden. Insoweit ist es dem Arbeitgeber beispielsweise nicht erlaubt, eigenmächtig Mitarbeiterschränke in Umkleideräumen zu öffnen, wenn lediglich ein allgemeiner Diebstahlverdacht ohne Bezug zu bestimmten Mitarbeitern besteht.[130] Für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, die eindeutig der geschützten Privatsphäre zuzuordnen sind, ist § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG keine Erlaubnisnorm. Damit ist dem Arbeitgeber aus datenschutzrechtlicher Sicht etwa die Erhebung von Angaben zu Freizeitaktivitäten, Hobbies, kulinarischen Vorlieben, Konsumverhalten, Krankheiten usw. verwehrt.[131]

Erhalten Beschäftigte aufgrund ihrer Tätigkeit Vergünstigungen beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen (etwa beim Personaleinkauf) oder sonstige Vorteile (etwa

---

129 Vgl. etwa *Bundesarbeitsgericht* vom 26.01.95 (Aktz.: 2 AZR 649/94).
130 Vgl. *Arbeitsgericht Frankfurt* vom 1.9.04 (Aktz. 7 Ca 9658/03), dbr 05, Heft 4, 6
131 Vgl. DKWW-*Däubler*, § 32 Rn. 70ff.; Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 60.

Personalwohnungen oder Arbeitgeberdienstleistungen) sind die hierbei erhobenen und verarbeiteten Daten für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG nicht erforderlich. Sie müssen deshalb als Kundendaten getrennt von den Beschäftigtendaten verarbeitet werden.[132] Datenschutzrechtlich bestimmt sich die Zulässigkeit der Verwendung für diese Fälle im Regelfall nach § 28 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BDSG.

Die beispielhaft angeführten Informationen aus dem privaten Bereich eines Berufskraftfahrers werden ebenso vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst wie Daten von Athleten zu ihren Aufenthaltsorten an trainings- bzw. wettkampffreien Tagen oder Wochenenden. Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen dieser „rein privaten“ Daten sind schon nach dem Wortlaut von § 32 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz BDSG unzulässig, da kein Bezug zur „Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“ besteht. Informationen über das Privatleben sind von Arbeitnehmern gerade nicht vertraglich geschuldet. Der Arbeitgeber kann diese auch nicht unter Berufung auf sein Direktionsrecht abfordern oder beispielsweise Athleten anweisen, diese Informationen in ein System wie ADAMS einzugeben. Damit fehlt es Arbeitgebern auch an einer Rechtsgrundlage, auf deren Basis sie von Athleten die Eingabe von Daten in das System ADAMS verlangen können.

Mangels datenschutzrechtlicher Erlaubnis für die Erhebung ist die anschließende Verarbeitung und Nutzung der Daten im System ADAMS für die Durchführung von Kontrollen in der Freizeit der Athleten unzulässig. Der Zugriff von DCO oder Chaperons, die mittels dieser Daten den aktuellen Aufenthaltsort von Athleten in Erfahrung bringen wollen, ist ebenfalls ohne datenschutzrechtliche Grundlage.

Aus den vorstehend beschriebenen arbeitsrechtlichen Vorgaben lässt sich für den hier zu bewertenden Sachverhalt die Maßgabe ableiten, dass Athleten in ihrer Freizeit keine Substanzen zu sich nehmen sollen, die im arbeitsrechtlichen Bereich als illegale

---

132 Ebenso Simitis-*Seifert*, § 32 Rn. 60.

Dopingmittel gekennzeichnet sind oder die ihre vertraglich geschuldete Leistungsfähigkeit schmälern oder einschränken. Arbeitgeber dürfen aber die Einhaltung dieser vertraglichen Nebenpflichten mit Blick auf die verfassungsrechtlich besonders geschützten Privat- und Intimsphäre der Athleten (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.b) nicht durch einen Besuch in deren Wohnung kontrollieren, sondern allenfalls durch geeignete Stichproben oder Anlasskontrollen am Arbeitsplatz. Diese Feststellung gilt auch mit Blick darauf, dass die geschuldete Arbeitsleistung durch die Einnahme verbotener Substanzen in der Freizeit aufgrund der hieraus möglicherweise folgenden Regelwidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht mangelhaft werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die durch Art. 5.2.4 NADA-Standard für Dopingkontrollen vorgegebene permanente Beobachtung außerhalb der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit und innerhalb der Privatsphäre von Athleten aufgrund des Schutzes der Persönlichkeitsrechte gemäß Art. 2. Abs. 1 GG sowie des Schutzes der privaten Räume gemäß Art. 13 Abs. 1 GG unzulässig.

Für Athleten können grundsätzlich keine anderen Grundsätze gelten als für alle anderen Arbeitnehmer, die vor dem Eindringen des Arbeitgebers in ihre Privatsphäre geschützt sind.

4. Zwischenergebnis

Aus § 32 Abs. 1 BDSG sowie aus allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen leitet sich keine Berechtigung für Arbeitgeber ab, die Daten zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen, die zur Erfüllung Anti-Dopingregelungen der NADA notwendig sind. Arbeitgeber dürfen individuelle Informationen zu Doping-Verstößen allenfalls innerhalb ihres Unternehmens sammeln. Soweit es sich um Gesundheitsdaten handelt, dürfen diese nur im Rahmen betriebsärztlicher Untersuchungen erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Die beteiligten Ärzte dürfen die Arbeitgeber nur allgemein über die Eignung informieren, nicht aber über medizinische Details oder Befunde. Ist diese

aufgrund der Einnahme illegaler Dopingmittel nicht mehr gegeben, müssen sich auf die Mitteilung des „Wegfalls der Eignung“ beschränken.

Etwas anderes könnte mit Blick auf die Besonderheiten von Leistungssportlern gelten, wenn es sich um spezifische Gesundheitsinformationen handelt, die aus objektiver Sicht dem Wohl eines Athleten dienen. Einschlägig könnten beispielsweise die Ergebnisse von Laktatuntersuchungen zur Festlegung spezieller Fitnesstrainings sein oder Informationen zum Heilungsstand nach Verletzungen, um erneute Schädigungen durch einen verfrühten Einsatz zu vermeiden. Die beschränkte Weitergabe dieser Art von Informationen bedarf indes ebenfalls einer speziellen gesetzlichen Grundlage, die zum Schutz von Athleten durch den Gesetzgeber geschaffen werden sollte. Sie lässt sich hingegen nicht pauschal mit dem Vorliegen einer Erforderlichkeit rechtfertigen.

Einblicke oder Eingriffe in die Privatsphäre bleiben sowohl dem Arbeitgeber selbst als auch in seinem Auftrag oder mit seiner Billigung tätigen Dritten verwehrt. Dies steht der Durchführung von Dopingkontrollen außerhalb der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit entgegen. Verweigert ein Arbeitnehmer etwa einem Chaperon den Zutritt zu seiner Privatwohnung, kann ein Arbeitgeber dies nicht zum Anlass für arbeitsrechtliche Maßnahmen nehmen.

IV. Einwilligungen

Die vorstehende Untersuchung zeigt, dass es für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten zu Zwecken von Anti-Dopingmaßnahmen durch die NADA bzw. durch andere ADO keine datenschutzrechtliche Grundlage in Form eines Gesetzes oder einer anderen Rechtsvorschrift gemäß § 4 Abs. 1 BDSG gibt. Auch die entsprechende Erhebung durch Basketballvereine, die direkte Vertragspartner der einzelnen Athleten sind, bzw. durch DBB bzw. BBL, die Teilnahmeberechtigungen ausstellen, ist mangels anwendbarer datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände ebenso unzulässig wie die anschließende Verarbeitung und Nutzung entsprechender Daten für Anti-Dopingmaßnahmen.

Fehlt eine einschlägige Rechtsgrundlage, kann die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten gemäß § 4 Abs. 1 letzter Halbsatz BDSG dennoch erfolgen, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Welche Anforderungen eine Einwilligung erfüllen muss, um wirksam zu sein, wird im folgenden Untersuchungsschritt bewertet.

Eingeleitet wird diese Bewertung durch eine Darstellung der normativen Voraussetzungen, die § 4a BDSG enthält. Hieran schließen sich auf den Sachverhalt bezogene Ausführungen an

- zur Einhaltung der formalen Voraussetzungen in den Einwilligungserklärungen von Basketballathleten,
- zur notwendigen Festlegung der vorgesehenen Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sowie
- zur Freiwilligkeit der Einwilligungen.

1. Einwilligungen als Voraussetzung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten

Durch den letzten Halbsatz von § 4 Abs. 1 BDSG wird bestimmt, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten auch ohne das Vorliegen einer datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm erfolgen kann, wenn der Betroffene eingewilligt hat.

In § 4a Abs. 1 BDSG sind die allgemeinen Vorgaben an eine wirksame Einwilligung beschrieben:

> „(1) Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben."

Als grundlegende Voraussetzung für das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung nennt § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG eine „freie Entscheidung" des Betroffenen. Eine Einwilligung kann ausgehend von diesem Wortlaut nur dann eine eigenständige Erlaubnisnorm gemäß § 4 Abs. 1 BDSG sein, wenn Betroffene sich nicht in einer Situation befinden, die sie faktisch dazu zwingt, ihr Einverständnis zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung ihrer personenbezogenen Daten zu erteilen.[133]

Durch § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG soll sichergestellt werden, dass Einwilligungen „informiert" erteilt werden.[134] Voraussetzung hierfür ist, dass die einwilligenden Personen um die tatsächliche Tragweite ihrer Entscheidung wissen.[135] Um diesen Anforderungen zu genügen, ist insbesondere eine beispielhafte Aufzählung der Daten erforder-

---

133 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 62.

134 Vgl. DKWW-*Däubler,* § 4a Rn. 8; Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 77, jeweils m.w.N.

135 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 10 m.w.n.

lich, die erhoben, verarbeitet und genutzt werden sollen.[136] Eine pauschale Einwilligung wie etwa die Akzeptanz „jeder weiteren Form der Verarbeitung“ erfüllt diese Vorgaben nicht.[137]

Zusammen mit dem Zweck muss die verantwortliche Stelle nach dem letzten Halbsatz von § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinweisen. Die Betroffenen müssen durch eine entsprechende Formulierung in der verlangten Einwilligungserklärung ausdrücklich befähigt werden, die Sachlage zu erkennen, in deren Kontext eine Verwendung ihrer Daten erfolgen soll. Unspezifische Aussagen in einer Einwilligungserklärung erfüllen die in § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG normierten Voraussetzungen nicht.[138]

Durch § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG wird für die Erteilung einer Einwilligung als Regelfall die Schriftform vorgegeben. Ein Verzicht hierauf ist beim Vorliegen besonderer Umstände ausnahmsweise zulässig. Erfolgt die Zustimmungserklärung in anderer Form wie etwa mündlich, muss sie der schriftlichen Zustimmung allerdings bezüglich ihrer Bestimmtheit entsprechen.[139]

Soll eine Einwilligung zusammen mit einer anderen Erklärung schriftlich erteilt werden, muss sie gemäß § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG besonders hervorgehoben werden. Um der „Hinweis- und Warnfunktion“ gerecht zu werden, die diese Vorschrift bezweckt, ist eine klare Abgrenzung von anderen Erklärungsteilen notwendig, die insbesondere durch eine (drucktechnische) Hervorhebung erreicht werden kann.[140]

---

136 Vgl. *Oberlandesgericht Celle* vom 14.11.79 (Aktz.: 3 U 92/79), NJW 80, 347; Bergmann/Möhrle/Herb § 4a Rn. 77.

137 *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 11.

138 Vgl. auch *Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen* vom 16.08.01 (Aktz.: 5 U 23/2001, 5 U 23/2001c, 5 U 23/01, 5 U 23/01c), DuD 02, 433.

139 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 13; Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 45;

140 Vgl. zur einhelligen Literaturmeinung etwa DKWW-*Däubler, § 4a Rn. 13; Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 14; Simitis-Simitis, § 4a Rn. 41; TG-*Taeger*, § 4a Rn. 32;

Die Einhaltung dieser Formvorschrift ist bei schriftlichen Einwilligungen Wirksamkeitsvoraussetzung. Wird sie nicht beachtet, ist die Einwilligung aus formalen Gründen unzulässig, rechtswidrig und damit unwirksam.[141] Da die entsprechenden Daten dann ohne datenschutzrechtliche Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 1 BDSG erhoben wurden, sind sie mit Blick auf § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG zu löschen. Eine nachträgliche Einwilligung legitimiert die unzulässige Erhebung, Verarbeitung und Nutzung für die Vergangenheit nicht.[142]

Handelt es sich um besondere Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG , werden die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung durch die ergänzende Regelung in § 4a Abs. 3 BDSG erhöht:

> „Soweit besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen."

Bezogen auf besondere Arten personenbezogener Daten muss in einer Einwilligung aufgrund dieser normativen Vorgabe konkret benannt werden, welche sensitiven Daten erhoben, verarbeitet und genutzt werden sollen.[143] Hinsichtlich des Zwecks der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung muss die Einwilligungserklärung gemäß § 4a Abs. 3 BDSG klarstellen, in welchem Kontext und unter welchen Bedingungen diese erfolgen soll.[144]

Aufgrund der besonderen Sensitivität dieser Informationen muss die Einwilligung nach § 4a Abs. 3 BDSG abweichend von den allgemeinen Fällen gemäß § 4a Abs. 1 BDSG immer schriftlich erteilt werden. Mündliche oder konkludente Einwilligungen scheiden für diesen Bereich aus.[145]

---

141 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 42; Roßnagel-*Holznagel/Sonntag*, 4.8, Rn. 43 m.w.N.

142 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 15.

143 Vgl. DKWW-*Däubler*, § 4a Rn. 42; *Gola,* RDV 01, 15.

144 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 87.

145 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 3 Rn. 57; Simitis-*Simitis,* § 4a Rn. 88;

2. Einhaltung der formalen Voraussetzungen in den Einwilligungserklärungen von Basketballathleten

Nach § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG muss eine besondere Hervorhebung erfolgen, wenn eine Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben wird. Einwilligungserklärungen der Athleten, an die dieser normative Maßstab anzulegen ist und aus denen Vereine, Verbände, NADA oder andere ADO eine Berechtigung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten für Anti-Dopingmaßnahmen herleiten, finden sich insbesondere

a. in dem als Muster vorliegenden Spielerarbeitsvertrag für die BBL,

b. im Antrag auf Teilnahmeberechtigung an die BBL und an den DBB und

c. im ADC bzw. in den hiermit korrespondierenden Regelungen und Standards der NADA.

a) Spielerarbeitsvertrag

Im als Muster vorliegenden Spielerarbeitsvertrag für die BBL finden sich unterschiedliche Einwilligungstatbestände, die sich auf Anti-Dopingmaßnahmen bzw. auf Gesundheitsdaten beziehen.

In § 1 Abs. 3 Satz 1 Spielerarbeitsvertrag sind die für die Vertragsdurchführung maßgeblichen Themen aufgelistet:

> „Die Statuten, Ordnungen und Durchführungsbestimmungen der BBL GmbH und des DBB (insbesondere Teilnahmerechtsvertrag, BBL Spielordnung, BBL Lizenzstatut, BBL Verfahrens- und Schiedsgerichtsordnung, Rechtsordnung, Strafenkatalog, Anti-Doping-Bestimmungen, Bestimmungen Schiedsgerichte, DBB- Vorschriften für die Benutzung von Werbung), die Statuten und „By-Laws“ der FIBA (incl. der Bestimmungen des offiziellen Regelbuches der FIBA) und die Satzungen, Statuten und Ordnungen der GmbH und des mit ihr in Zusammenhang stehenden Vereins, die in ihrer jeweiligen Fassung die allgemein anerkannten Grundsätze des deutschen Basketballsports darstellen, sind maßgeblich für die vertragsgegenständliche Tätigkeit des Spielers.“

Durch den anschließenden § 1 Abs. 4 Spielerarbeitsvertrag wird die Anerkennung der vorstehend aufgeführten „Rechtsgrundlagen“ zu Lasten der Spieler festgeschrieben:

> „Der Spieler erkennt die in Absatz 3 aufgezählten Rechtsgrundlagen – insbesondere das BBL-Lizenzstatut, die BBL-Spielordnung, die BBL-Rechtsordnung, die BBL-Schiedsgerichtsordnung und die hierzu ergangenen Neben- und Durchführungsbestimmungen – in ihrer jeweils gültigen Fassung ausdrücklich als für ihn verbindlich an und unterwirft sich durch Abschluss eines Teilnahmerechtsvertrages mit der BBL GmbH diesen Bestimmungen.“

Worum es sich bei dem mit der vorstehenden Regelung angesprochenen „*Teilnahmerechtsvertrag*“ handelt, erschließt sich aus dem Vertragstext nicht unmittelbar. Der hier genannte „*Teilnahmerechtsvertrag*“ ist nicht zu verwechseln mit der ebenso bezeichneten Regelung, die zwischen Bundesligavereinen und der BBL abgeschlossen werden (vgl. hierzu nachstehend unter b).

Durch die Regelung in § 1 Abs. 6 Buchstabe a) wird der Spielerarbeitsvertrag mit der auflösenden Bedingung versehen, dass

> „a) dem Spieler seitens der BBL GmbH eine Teilnahmeberechtigung erteilt wird und keinerlei Einwände seitens des DBB, der BBL GmbH oder der FIBA erfolgen.“

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Spielerarbeitsvertrag enthält eine Freistellungsklausel, die sich auf Gesundheitsdaten der Athleten bezieht.

> „Diesbezüglich stellt der Spieler den jeweils behandelnden Arzt gegenüber der sportlichen Führung der GmbH von seiner Schweigepflicht insoweit frei, als dass er befugt ist, die GmbH über die Befundergebnisse zu unterrichten.“

Im folgenden Satz 5 dieser vertraglichen Vereinbarung heißt es:

> „Die GmbH ist berechtigt, das Ergebnis der Befunde der Öffentlichkeit mitzuteilen.“

Bezogen auf interne Doping-Tests, die sich auf verbotene Substanzen der NADA/WADA-Anti-Dopingliste beziehen, findet sich in § 2 Abs. 1 Nr. 5 Satz 7 Spielerarbeitsvertrag die folgende Vereinbarung:

> „In diesem Zusammenhang wird auf Kosten des Vereines ein umfassender Test auf Substanzen, die auf der NADA/WADA-Antidoping-Liste der verbotenen Substanzen stehen, durchgeführt."

Eine Bewertung der vorstehend zitierten Vereinbarungen anhand der formalen datenschutzrechtlichen Vorgaben zeigt auf den ersten Blick, dass es an der durch § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG ausdrücklich normierten besonderen Hervorhebung des Einwilligungstatbestandes fehlt. Die zitierten Textpassagen sind im Spielerarbeitsvertrag optisch in keiner Weise hervorgehoben, sondern in den „Fließtext" der Vereinbarung integriert. Damit fehlt die Hinweis- bzw. „Warnfunktion", die der letzte Halbsatz von § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG vorgibt.

Die in § 1 Abs. 4 Spielerarbeitsvertrag enthaltene Formulierung, nach der der Spieler die aufgezählten Rechtsgrundlagen anerkennt, ist zudem weder sprachlich noch inhaltlich geeignet, den Regelungsgehalt einer Einwilligung zu verdeutlichen, aus der Vertragspartner Rechte zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten herleiten wollen.

Im Ergebnis können die zitierten Formulierungen aufgrund der fehlenden Beachtung des Formerfordernisses in § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG nicht als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm gemäß § 4 Abs. 1 letzter Halbsatz BDSG herangezogen werden. Mangels anderweitiger Erlaubnisgrundlage muss die Verwendung dieser Daten auf Grundlage des Spielervertrags schon aus formalen Gründen unterbleiben.

Dieses Ergebnis leitet sich auch daraus ab, dass die spezifischen Vorgaben des § 4a Abs. 3 BDSG im Spielerarbeitsvertrag keine Berücksichtigung finden, soweit es um Gesundheitsdaten geht wie etwa in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Spielerarbeitsvertrag. Da der durch § 4a Abs. 3 BDSG vorgeschriebene ausdrückliche Hinweis fehlt, gibt es für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung besonderer Arten personenbezogener Daten i.S.v. § 3 Abs. 9 BDSG keine per Einwilligung begründete Erlaubnis.

b) Erteilung der Teilnahmeberechtigung durch die BBL bzw. durch den DBB

Im Bereich des Profi-Basketballs lassen sich zwei unterschiedliche Verfahren identifizieren, die Voraussetzung für die individuelle Teilnahme von Athleten am Spielbetrieb von Basketballvereinen sind und durch die zugleich ein Bezug zu Anti-Dopingmaßnahmen hergestellt wird:

- Die BBL verlangt eine „Lizenzierung“ nach dem *„Beko Basketball Bundesliga Lizenzstatut für die Saison 2010 / 2011“* (im Folgenden: BBL-Lizenzstatut)[146].
- Der DBB hält einen *„Antrag auf Erteilung einer Teilnahmeberechtigung“*[147] (im Folgenden: „Antrag auf Teilnahmeberechtigung“) bereit und verlangt weiterhin die Unterzeichnung einer *„Anti-Doping-Vereinbarung“*[148].

i. Teilnahmeberechtigung nach den Vorgaben der BBL

Das Verfahren zur Vergabe individueller Teilnahmeberechtigungen für den Spielbetrieb der BBL erschließt sich aus den allgemein zugänglichen Materialien nicht abschließend.

§ 4 Abs. 4 Satz 1 Spielervertrag verweist darauf, dass sich Spieler den aufgezählten BBL-Regelungen durch einen spezifischen *„Teilnahmerechtsvertrag“* unterwirft:

> „4. Der Spieler erkennt die in Absatz 3 aufgezählten Rechtsgrundlagen – insbesondere das BBL-Lizenzstatut, die BBL-Spielordnung, die BBL-Rechtsordnung, die BBL-Schiedsgerichtsordnung und die hierzu ergangenen Neben- und Durchführungsbestimmungen – in ihrer jeweils gültigen Fassung ausdrücklich als für ihn verbindlich an und unterwirft sich durch Abschluss eines Teilnahmerechtsvertrages der BBL GmbH diesen Bestimmungen.“

---

146 Beko Basketball Bundesliga Lizenzstatut für die Saison 2010 / 2011, o.O., o.J. (elektronische Fassung unter vwww.beko-bbl.de/pics/medien/1_1254759409/Beko_BBL-Lizenzstatut_2010-2011.pdf).

147 Vgl. „Antrag auf Erteilung einer Teilnahmeberechtigung“ des Deutschen Basketball Bund e.V., TA_2009 (abrufbar unter www.basketball-bund.de/basketball-bund/de/service/formulare/downloads/19475.html).

148 Vgl. Textmuster etwa unter www.sharks-hamburg.de/downloads_files/JBBL ADV.PDF.

Werden Spielern von der BBL GmbH keine Teilnahmerechte eingeräumt, führt dies gemäß § 6 Buchstabe a) Spielerarbeitsvertrag zu dessen Auflösung.

Der durch den Spielerarbeitsvertrag vorgegebene individuelle Teilnahmerechtsvertrag liegt für die Begutachtung nicht vor. Zugänglich ist aber der Inhalt eines identisch bezeichneten *„Teilnahmerechtsvertrags"*[149] zwischen der BBL und den einzelnen Ligavereinen. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 dieses **Teilnahmerechtsvertrags erhalten** die Vereine (im Vertrag „Bundesligist" genannt)

> „ ... das Teilnahmerecht am Spielbetrieb der BBL und am Wettbewerb des deutschen Pokalsiegers."

Den Bezug zum Regelwerk der NADA stellt der Teilnahmerechtsvertrag zwischen BBL und den einzelnen Vereinen in § 1 Abs. 2 her.

> „Der Bundesligist erkennt die von der BBL festgelegten Wettkampfbestimmungen nach Maßgabe der als Anlagen diesem Vertrag beigefügten Bestimmungen der Spiel-, Schiedsrichter- und Verfahrens- und Schiedsgerichtsordnung, die Bestimmungen des Lizenzstatutes sowie das Anti-Doping Regelwerk der NADA in seiner jeweils gültigen Fassung (NADA Code) und die zu diesen Bestimmungen gehörenden Straf- und Bußgeldordnungen in der jeweils gültigen Fassung an und unterwirft sich diesen Bestimmungen mit Unterzeichnung dieses Vertrages."

Ob und wie die durch § 4 Abs. 4 Satz 1 Spielervertrag vorgegebene *„Unterwerfung"* der Spieler durch einen individuellen *„Teilnahmerechtsvertrag"* Bezug auf die vorgenannte Vereinbarung zwischen BBL und den einzelnen Vereinen herstellt, muss mangels Kenntnis des von den Spielern verlangten zusätzlichen Vertrags an dieser Stelle offen bleiben.

Spieler erkennen durch § 4 Abs. 4 Satz 1 Spielervertrag allerdings ausdrücklich spezifische Regelungen der BBL an wie etwa das BBL-Lizenzstatut und die BBL-Spielordnung.

---

149 Für die Begutachtung lag ein Mustervertrag *„Teilnahmerechtsvertrag zwischen (1) der Basketballbundesliga GmbH (BBL GmbH), vertreten durch ihren Geschäftsführer Herrn Jan Pommer, Willy-Brandt-Platz 2, 50679 Köln - kurz: BBL genannt – und (2) dem Basketballbundesligisten ___________- kurz Bundesligist genannt"* vor.

In diesen Regelungen finden sich an verschieden Stellen Regelungen zu Anti-Dopingmaßnahmen.

Die individuelle Spielberechtigung von Athleten leitet sich aus Regelungen des BBL-Lizenzstatuts ab. Dessen § 1 Abs. 3 lautet:

> „3. Am Wettbewerb der 1. Basketball Bundesliga der Herren dürfen ferner nur Basketballspieler teilnehmen, denen zuvor nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen ein Teilnahmerecht eingeräumt wurde."

Grundsätze zur Erteilung individueller Spielerlizenzen finden sich in Kapitel III BBL-Lizenzstatut. Allerdings verblüfft diese Regelung unter der Überschrift *„III. Spielerlizenzen*" in ihrem ersten Absatz mit der Feststellung, dass es derzeit keine Spielerlizenzen gibt:

> „Spielerlizenzen werden zurzeit nicht erteilt. Die Regelung erfolgt über Teilnahmeberechtigung. Soweit die nachstehenden Bestimmungen die Spielerlizenz zum Gegenstand haben, sind diese entsprechend auf das Spielerteilnahmerecht anzuwenden."

Aus dem letzten Satz der vorstehend zitierten Regelung ist der Schluss zu ziehen, dass insbesondere der Inhalt der spezifischen Vorschriften in den §§ 18 bis 20 BBL-Lizenzstatut auf eine gleich wie geartete Teilnahmeberechtigung anzuwenden ist. Gemäß § 20 Abs. 2 Buchstabe b) BBL-Lizenzstatut kann der Spielerlizenzvertrag von der BBL

> „von der BBL GmbH mit sofortiger Wirkung gekündigt werden, wenn
>
> (...)
>
> b) der Spieler gegen die Dopingvorschriften verstößt."

Die individuelle Teilnahmeberechtigung wird nach § 4 Abs. 1 BBL-Spielordnung sowohl durch die BBL als auch durch den Verein der Spieler erteilt.

> „§ 4 Spielerteilnahmerecht
>
> Spieler, die in der Bundesliga zum Einsatz kommen sollen, bedürfen neben der persönlichen Teilnahmeberechtigung durch die BBL auch der Einsatzberechtigung des Bundesligisten. Sie müssen zudem spielberechtigt sein.“

Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 BBL-Spielordnung beinhaltet die Antragstellung auch die Anerkennung der Anti-Doping-Bestimmungen:

> „Die persönliche Teilnahmeberechtigung wird von der BBL erteilt. Mit Antragstellung werden auch ausdrücklich die Anti-Doping-Bestimmungen anerkannt.“

Hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Wirksamkeit der erteilten Einwilligung i.S.v. § 4a Abs. 1 BDSG lässt sich an dieser Stelle bezogen auf die zitierte Regelung im Spielerarbeitsvertrag und den dort enthaltenen Verweis auf Vorgaben der BBL feststellen, dass die entsprechenden Vereinbarungen optisch und sprachlich in keiner Weise als Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG kenntlich gemacht sind. Insoweit kann unter Verweis auf die vorstehenden Ausführungen in Abschnitt a) festgestellt werden, dass die formalen Anforderungen einer wirksamen Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 BDSG durch diese Ausgestaltung nicht erfüllt werden.

Bezüglich des Verfahrens zur Erteilung individueller Teilnahmeberechtigungen kann an dieser Stelle mangels Kenntnis der entsprechenden Unterlagen bzw. Formulare keine Feststellung erfolgen.

ii. Antrag auf Teilnahmeberechtigung des DBB

Am Ende des einseitigen Antrags auf Teilnahmeberechtigung findet sich im „Kleingedruckten“ (d.h. in einem Absatz mit deutlich reduzierter Schriftgröße), eine Aussage zum „Einverständnis“ der Spieler.

> „Mit der Unterschrift gibt der Antragsteller sein Einverständnis zur maschinellen Erfassung, Speicherung und Auswertung der Daten. Spieler und Verein bestätigen die Richtigkeit der gemachten Angaben."

Weitere Angaben zu den Zwecken der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Daten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG finden sich im Antrag auf Teilnahmeberechtigung nicht.

Der dritte Satz im „Kleingedruckten" des Antrags auf Teilnahmeberechtigung stellt einen Bezug zur Satzung des DBB her.

> „Der Spieler bestätigt, dass ihm die Gelegenheit gegeben wurde, die Satzung und die Ordnungen des DBB und die seines Landesverbandes sowie die Bundestagsbeschlüsse zur Kenntnis zu nehmen."

In der Satzung wird in § 7 Abs. 2 festgelegt, dass der mit dem NADC identische ADC des DBB gilt (vgl. hierzu Kapitel I Abschnitt 1.a). Aus dem ADC leiten sich weitreichende Verpflichtungen der betroffenen Athleten ab, die denen des NADC entsprechen.

Die aufgrund ihrer Einverständniserklärung bestehende datenschutzrechtliche Situation erschließt sich Athleten bei der Unterzeichnung des DBB-Antrags auf Teilnahmeberechtigung nicht einmal ansatzweise. Der datenschutzrechtliche Erlaubnisrahmen, den der DBB aus der Unterzeichnung des Antrags auf Teilnahmeberechtigung für die Durchführung von Anti-Dopingmaßnahmen ableitet, ist für Athleten nicht zu erkennen.

Unabhängig von dieser Feststellung ist anzumerken, dass die zitierte „Einverständniserklärung" weder optisch noch inhaltlich die Formerfordernisse in § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG erfüllt. Sie ist ohne Hervorhebung im „Kleingedruckten" enthalten und damit gerade nicht „herausgehoben". Zur Vermeidung von Wiederholungen wird bezüglich auf die vorstehenden Ausführungen im vorstehenden Abschnitt a) verwiesen. Die Formulierung im „Kleingedruckten" des Antrags auf Teilnahmeberechtigung kann somit nicht als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand gemäß § 4 Abs. 1 BDSG herangezogen werden. Von Athleten kann mit Blick auf die klare Vorgabe

des § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG auch nicht verlangt werden, dass sie diese Passage besonders intensiv lesen, weil es eine „Lebenserfahrung“ gibt, dass sich im „Kleingedruckten“ immer für den schwächeren Vertragspartner nachteilige Ausführungen verbergen.

Soweit es sich um Gesundheitsdaten i.S.v. § 3 Abs. 9 BDSG handelt, erfüllt die Formulierung im „Kleingedruckten“ ebenfalls nicht die Vorgaben des § 4a Abs. 3 BDSG. Auch insoweit wird auf die Ausführungen in Abschnitt a) verwiesen.

iii. Anti—Doping-Vereinbarung des DBB

Zwischen einzelnen Athleten und dem DBB wird eine *„Anti-Doping-Vereinbarung“*[150] abgeschlossen, die auf einschlägige Vorgaben verweist:

> „Der Athlet erkennt die Anti-Doping-Regelungen des DBB sowie der NADA in den jeweils gültigen Fassungen an und unterwirft sich diesen. (…)“

Diese einseitige Vereinbarung enthält keinen Hinweis auf eine notwendige oder gewollte Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, sondern verweist nur allgemein auf einschlägige Regelungen. Die Voraussetzungen des § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG an die besondere Kennzeichnung einer Einwilligung sind damit nicht erfüllt.

Entsprechendes gilt für die mit dieser Vereinbarung korrespondiere “*Schiedsvereinbarung”*[151], durch die für Streitigkeiten zwischen Athleten und dem DBB unter Ausschluss der Ordentlichen Gerichtsbarkeit ein „verbandsinterner“ Rechtsweg vereinbar wird (vgl. hierzu auch Kapitel II.1.a.).

---

150 Vgl. Textmuster der *„Anti-Doping-Vereinbarung“* etwa unter www.sharks-hamburg.de/ downloads_files/JBBL ADV.PDF.

151 Vgl. Textmuster der “*Schiedsvereinbarung*“ etwa unter bbl-basketball.de/download/index.php?menuid=169&top-menu=80&keepmenu=inactive.

c) Einwilligungstatbestände im ADC bzw. im korrespondierenden NADA-Regelwerk

Die Suche nach Einwilligungstatbeständen gestaltet sich im ADC nicht einfach: Art. 5.2.1 Satz 1 ADC verweist auf den NADA-Standard für Meldepflichten. In Art. 3.1.1 Buchstabe (d) und Art. 3.2.1 Buchstabe (d) NADA-Standard für Meldepflichten finden sich für Athleten aus dem RTP- und NTP-Testpools textgleiche Einwilligungsvorgaben. Sie müssen

> „vor Beginn eines jeden Quartals jeweils zum 25. des Vormonats (das heißt zum 25. Dezember, 25. März, 25. Juni und 25. September eines jeden Jahres) Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit machen, die mindestens folgende Informationen enthalten:
>
> *(...)*
>
> (d) eine spezifische Bestätigung der Einwilligung des Athleten zur Weitergabe seiner Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit an andere Anti-Doping-Organisationen, die befugt sind, ihn einer Probenahme zu unterziehen (siehe Artikel 14.6 NADC);“

Die von den Athleten verpflichtend mitzuteilenden Angaben über ihre Aufenthaltsorte und Erreichbarkeiten sind nach Art. 3.8 NADA-Standard für Meldepflichten

> „... grundsätzlich in *ADAMS* (Anti-Doping Administration & Management System der WADA, https://adams.wada-ama.org/adams) abzugeben und zu aktualisieren. In Ausnahmefällen, in denen dem Athleten oder dem Dritten kurzfristig kein Internetzugang zur Verfügung steht, können Aktualisierungen der Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit telefonisch oder per SMS vorgenommen werden.“

Bezogen auf die notwendige ADAMS-Anmeldung informiert die NADA die betroffenen Athleten im „Benutzerhandbuch ADAMS“[152] über die bei der Anmeldung im System ADAMS elektronisch zu erteilende Einwilligung. Die Einwilligung beinhaltet neben der Zustimmung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Namen und Anschrift auch

---

152 Benutzerhandbuch ADAMS, o.O., o.J. (vgl. www.nada-bonn.de/service-information/downloads/adams/), S. 13; zum Anmeldeverfahren zum Systems ADAMS Ähnlich vgl. *Buchner,* DuD 09, 475.

Freigaben von Informationen über „Whereabouts“, erlaubte Arzneimittel usw. Details zeigt der folgende Auszug aus dem Benutzerhandbuch ADAMS zum „Athlete Consent“[153]:

Please read carefully this agreement:

ATHLETE'S INFORMATION FORM Processing Data in ADAMS I AM BEING ASKED TO READ THE FOLLOWING FORM TO ENSURE THAT I AM AWARE THAT SOME DATA RELATED TO ME WILL BE PROCESSED (FOR EXAMPLE SUBMITTED, DISCLOSED, USED AND STORED) THROUGH THE ANTI-DOPING ADMINISTRATION AND MANAGEMENT SYSTEM (ADAMS) TO ENSURE HARMONIZED, COORDINATED AND EFFECTIVE ANTI-DOPING PROGRAMS FOR DETECTION, DETERRENCE AND PREVENTION OF DOPING. A web-based anti-doping administration and management system ("ADAMS") has been designed for WADA in order to assist WADA in its role as central clearing house. ADAMS may process the following categories of data related to me: 1. Data relating to my identity (name, nationality, date of birth, gender, sport and discipline I compete in, organizations and/or federations to which I belong, indication whether I compete at an international level); 2. Data relating to my whereabouts (training, competitions, travel, time at home, vacation, any other regular or exceptional activities); 3. Data relating to test distribution planning (for the testing pools in which I participate); 4. Data relating to my Therapeutic Use Exemptions, if any; 5. Data relating to Doping Control (test distribution planning, sample collection and handling, laboratory analysis, results management, hearings and appeals). I understand that: (a) It is the Anti-Doping Organization that has registered me in its Registered Testing Pool that will create my profile in ADAMS (the so called "Custodian Organization"); (b) I will be responsible for ensuring that all information that I enter into the system or that is entered on my behalf (by my agent for example) is accurate; (c) I WILL BE IN PARTICULAR RESPONSIBLE FOR ENSURING THAT INFORMATION PROVIDED REGARDING MY WHEREABOUTS IS ACCURATE AND UP TO DATE AND I AM AWARE THAT FAILURE TO PROVIDE AND/OR UPDATE ACCURATE LOCATION INFORMATION IS CONSIDERED AN ANTI-DOPING RULE VIOLATION, WHETHER IT IS INTENTIONAL OR NEGLIGENT; (d) I will be provided with a confidential password in order to submit my data to ADAMS and I will be responsible for keeping such password confidential; (e) My data will be made accessible through ADAMS to the following organizations, as relevant, for testing purposes only: National Olympic Committees, National Paralympic Committees, Major Event Organizations such as the International Olympic Committee, International Paralympic Committee, International Federations and National Federations, National Anti-Doping Organizations, on a need to know basis in accordance with the Code. I will be aware through my personal profile of those organizations which have access to my data; (f) WADA and the organizations listed under letter e) will not disclose any of my data other than to authorized persons within their organization on a need to know basis.

Die Athleten müssen nach der Erläuterung im Benutzerhandbuch ADAMS[154] die verlangte Einwilligungserklärung gegenüber dem System ADAMS durch Angabe ihres Zugangspassworts und ihres Geburtsdatum „unterschreiben“.

Die elektronische ADAMS-Einwilligungserklärung erfüllt immerhin die in § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG enthaltende Anforderung einer besonderen Hervorhebung. Damit ist diese datenschutzrechtliche Anforderung bezogen auf „normale“ Daten erfüllt. Die Einwilligungserklärung erhält aber keinen ausdrücklichen Hinweis zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung besonderer Arten personenbezogener Daten gemäß § 4a Abs. 3 BDSG. Damit kann sie als Einwilligung nicht für die Erhebung, Ver-

---

153 Vgl. Benutzerhandbuch ADAMS, a.a.O.

154 Vgl. Benutzerhandbuch ADAMS, a.a.O.

arbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG herangezogen werden.

Trotz der Einhaltung der formalen Vorgabe des § 4a Bs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG ist es indes zweifelhaft, ob die vom System ADAMS geforderte Einwilligung von Athleten aus Deutschland überhaupt wirksam erteilt werden kann, da es sich um einen englischen Text handelt.

Hieraus lassen sich grundlegende Zweifel an der wirksamen Erteilung der Einwilligung jedenfalls dann ableiten, wenn es sich um Athleten handelt, die nicht nachgewiesenermaßen über Englischkenntnisse auf Muttersprachenniveau verfügen.[155]

Diese Fragen müssen indes an dieser Stelle nicht vertiefend behandelt werden, da schon bezüglich der grundlegenden Einwilligungserklärung gemäß Art. 3.11 Buchstabe (d) bzw. Art. 3.2.1 Buchstabe (d) NADA-Standard für Meldepflichten grundlegende Zweifel daran gibt, ob diese Formulierung die Anforderungen gemäß § 4a Abs. 1 BDSG erfüllt. Unter Hinweis auf die entsprechend geltenden Ausführungen im vorstehenden Abschnitt a) ist bezüglich der Vorgaben im ADC bzw. im NADC und insbesondere hinsichtlich der vorstehend zitierten „Einverständniserklärung" im NADA-Standard für Meldepflichten festzustellen, dass an keiner Stelle eine besondere Hervorhebung gemäß § 4a Abs. 1 Satz 4 letzter Halbsatz BDSG gegeben ist.

Die Formulierung ist damit weder formal noch sprachlich geeignet, die in § 4a Abs. 1 BDSG genannten Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu erfüllen. Entsprechendes gilt für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten, die mangels Einwilligung gemäß § 4a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BDSG ohne datenschutzrechtliche Grundlage ist.

Für die betroffenen Athleten ist nicht erkennbar, dass sie durch die Vorgaben im ADC bzw. im NADC sowie in den korrespondierenden NADA-Standards verpflichtet wer-

---

155 Zur Kritik an der Anmeldung zu ADAMS vgl. *Buchner,* DuD 09, 475.

den, ansonsten mangels datenschutzrechtlicher Erlaubnisnorm nicht erhebbare personenbezogene Daten individuell freizugeben. Die Akzeptanz der Vorgaben in der Einwilligungserklärung des NADA-Standards für Meldepflichten wie auch in anderen einschlägigen Regelungen und Standards der NADA begründet damit im Ergebnis keine datenschutzrechtliche Legitimation der NADA, Daten der Athleten auf der Grundlage einer Einwilligung gemäß § 4a BDSG zu erheben.

Verfügt schon der DBB bzw. die NADA mangels wirksamer Einwilligung nicht über eine datenschutzrechtliche Berechtigung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Athletendaten, kann sie von Sportlern nicht verlangen, diese Daten in das System eines Dritten, nämlich ADAMS, einzugeben.

3. Zweckbestimmung und Folgen der Verweigerung der Einwilligung

§ 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG legt ergänzende Anforderungen fest, die eine Einwilligung gegenüber einem Betroffenen erfüllen muss:

> „Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen.“

Die Regelung soll sicherstellen, dass eine Einwilligung „informiert“ erteilt wird.[156] Welche Konsequenzen Athleten aus der Verweigerung der Einwilligung erwachsen, wird indes in den im vorstehenden Abschnitt 2 geprüften „Erklärungen“ bzw. „Einwilligungen“ an keiner Stelle mitgeteilt. Die Hinweise zu Zwecken beschränken sich vielmehr auf

- die *„Anti-Doping-Bestimmungen“* (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Spielerarbeitsvertrag),
- das *„Einverständnis zur maschinellen Erfassung, Speicherung und Auswertung der Daten“* (Antrag auf Teilnahmeberechtigung – Satz 1 des „Kleingedruckten“);

---

[156] Vgl. DKWW-*Däubler,* § 4a Rn. 8; Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 77, jeweils m.w.N.

- die „*Einwilligung des Athleten zur Weitergabe seiner Angaben über Aufenthaltsort und Erreichbarkeit an andere Anti-Doping-Organisationen, die befugt sind, ihn einer Probenahme zu unterziehen*“ (Art. 3.1.1 Buchstabe (d) und Art. 3.2.1 Buchstabe (d) NADA-Standard für Meldepflichten);

- die Feststellung „*My data will be made accessible through ADAMS to the following organizations, as relevant, for testing purposes only (…) on a need to know basis in accordance with the code”* (Einwilligungserklärung zur Nutzung des Systems ADAMS[157]).

Keine dieser allgemeinen oder unspezifischen Angaben erfüllt die normativen Voraussetzungen einer Zweckfestlegung, wie sie § 4a Abs. 1 Satz 2 , 1. Alternative BDSG als Teil einer wirksamen Einwilligung voraussetzt. Sie werden zudem den Vorgabe zur Zweckbestimmung in § 4 Abs. 3 BDSG nicht gerecht.

Nicht erfüllt ist auch die Anforderung in § 4a Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative BDSG, nach der auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen ist. Entsprechende Aussagen finden sich nicht im Textzusammenhang der bewerteten Einwilligungserklärungen, sondern an anderer Stelle (etwa bezüglich der Konsequenzen von Meldeverstößen in Art. 2.4 NADC). Von den Erklärenden wird damit verlangt, sich den Kontext anhand der Verweisungen eigenständig zu erschließen. Diese Situation wird dem Wortlaut der Vorgabe des § 4a Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative BDSG nicht gerecht.

Weder bezogen auf Arbeitsverhältnisse noch auf andere rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse erfüllen die vorstehenden beispielhaft geprüften Einwilligungserklärungen damit die Anforderungen des § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG bezüglich der Zweckbestimmung und der notwendigen Hinweise auf Konsequenzen der Verweigerung einer Einwilligung. Aus ihnen lässt sich keine datenschutzrechtlich wirksame Erlaubnis für Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen ableiten.

---

157 Benutzerhandbuch ADAMS, a.a.O., S. 13

4. Freiwilligkeit

Eine der grundlegenden Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung wird in § 4a BDSG ist in Abs. 1 Satz 1 BDSG genannt. Sie ist nur wirksam,

> *„… wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.*

Freiwilligkeit ist gegeben, wenn sich Personen in einer Situation befinden, die sich nicht dazu zwingt, sich mit dem Zugriff auf verlangte Daten einverstanden erklären zu müssen.[158] Die Regelung setzt Art. 2 Buchstabe (h) der EG-Datenschutzrichtlinie um, die vorgibt, dass Einwilligungen *„ohne Zwang“* erfolgen müssen.

Daran, dass bezogen auf das Konzept der Anti-Dopingmaßnahmen nach den Vorgaben der WADA bzw. der NADA eine Freiwilligkeit überhaupt gegeben sein kann, bestehen schon deshalb Zweifel, weil die Verweigerung der geforderten Einwilligung für die betroffenen Athleten in der Praxis das sofortige Ende ihrer professionellen Sportlerkarriere und damit den Verzicht auf diese Berufstätigkeit bedeutet. Da beispielsweise nach Art. 2.4. NADC schon einfache Meldepflichtversäumnisse gemäß Art. 2 NADC als Verstöße gegen Anti-Dopingbestimmungen gewertet werden und zu Sanktionen wie insbesondere Sperren führen, haben Athleten praktisch keine Möglichkeit, Auskünfte zu verweigern, auch wenn diese unzulässig weit in Ihre Persönlichkeitsrechte eingreifen (vgl. zur Bewertung der Sanktionsmöglichkeiten Kapitel II. Abschnitt 2.a.v.). Hinzu kommt, dass Athleten aufgrund der durch Art. 4.3 Buchstabe (e) NADA-Standard für Meldepflichten festgeschriebenen Beweislastumkehr im Streitfall möglicherweise weitere personenbezogene Informationen geben müssen, um Sanktionen zu vermeiden (vgl. zur Beweislast Kapitel II Abschnitt 2.b.i.).

Ob die vorstehend bewerteten Einverständniserklärungen von Athleten die grundlegenden Anforderungen des § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG einhalten, ist damit fraglich. Frei-

---

158 Vgl. etwa Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 62.

willigkeit wäre nur gegeben, wenn es zum geforderten Handeln eine Alternative gibt, Deren Vorliegen ist aufgrund der zwingenden Vorgaben im NADA-Regelwerk zur Doping-Bekämpfung fraglich.

Kritisch zu bewerten ist, ob Arbeitgeber im Rahmen von Arbeitsverträgen, wie sie mit Basketballspielern abgeschlossen werden, derart weitgehende Erklärungen von ihren Beschäftigten überhaupt verlangen können. Dies ist nicht nur aus verfassungs- und datenschutzrechtlicher Sicht fraglich, sondern auch unter Berücksichtigung allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsätzen zum Thema „Fragerecht von Arbeitgebern“ (vgl. Kapitel III). Diesbezüglich ist zu bedenken, dass Arbeitnehmer aufgrund ihrer persönlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt sind.

Um abschätzen zu können, ob die vorstehend diskutierten Ermächtigungserklärungen sowie weitere vergleichbare „Einwilligungen“ in Verträgen zwischen Athleten und Vereinen bzw. Verbänden sowie im WADA/NADA-Regelwerk freiwillig erteilt werden und die Voraussetzungen des § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG erfüllen, untersuchen die folgenden Ausführungen verfassungs- und datenschutzrechtliche Aspekte. Bezogen auf Arbeitnehmer werden Besonderheiten des Arbeitsrechts berücksichtigt, soweit dies zur Klärung des Sachverhaltes notwendig ist. Ergänzend wird überprüft, ob die geforderten Einwilligungen allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben aus dem Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerecht werden.

a) Grundrechtsverzicht

Mit der Einwilligung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung ihrer Daten für Anti-Dopingmaßnahmen lassen Athleten sowohl Eingriffe in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu als auch in andere verfassungsrechtlich herausragend geschützte Persönlichkeitsrechte (vgl. Kapitel II). Die Wirksamkeit dieser Einwilligung ist nur gegeben, wenn der hiermit verbundene Grundrechtsverzicht wirksam ist.

Die Möglichkeit von freiwilligen Einwilligungen, die Eingriffe in Grundrechte legitimieren, wird unter dem Stichwort „Grundrechtsverzicht“ für zulässig erklärt.

> „Obwohl noch viele Detailfragen klärungsbedürftig sind, besteht inzwischen weitgehend Einigkeit darüber, dass die Verfügung über Grundrechtspositionen eine wesentliche Form des Grundrechtsgebrauchs darstellt und um der personellen Selbstbestimmung willen grundsätzlich nicht beschränkt ist. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit bedeutet ein Recht auf freies Belieben; eine Pflicht zu „verantwortungsbewusstem, vernünftigem und richtigem“ Gebrauch der Grundrechte gibt es nicht.“[159]

Ein Grundrecht ist

> „... bis auf einen unverzichtbaren Kernbereich, in dem jede Einwilligung gem. § 138 BGB sittenwidrig ist, grundsätzlich abdingbar.“[160]

Zum unverzichtbaren Kernbereich gehört insbesondere die Intimsphäre der Menschen.[161]

Erfolgt ein Grundrechtsverzicht auf der Grundlage einer Einwilligung, ist Voraussetzung für ihre Wirksamkeit die Freiwilligkeit der Erklärung. Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen.[162]

> „Die Wirksamkeit der Einwilligung entfällt, wenn dem Grundrechtsträger auf Grund einer Zwangslage keine Wahlfreiheit verbleibt.“[163]

Ob eine freiwillige Einwilligung vorliegt und welchen Umfang sie hat, ist im konkreten Fall insbesondere durch Auslegung der §§ 133, 134, 138, 157, 242 und 315 BGB zu ermitteln.[164]

---

159 ErfK/*Dieterich*, Einleitung GG Rn. 63; vgl. ausführlich *Bleckmann* JZ 1988, 57 f.; *Robbers*, JuS 1985, 925 f.

160 Vgl. Münch.Hdb.-*Blomeyer*, § 97 Rn. 7 m.w.N.

161 Vgl. Maunz/Düring-*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 158.

162 ErfK/*Dieterich*, Einleitung GG Rn. 55, 65; *Stern*, III 2 § 86 II 6b; *Bleckmann* JZ 1988, 57 (61); *Robbers*, JuS 1985, 925 f.; *Biegel*, 41 ff.

163 Maunz/Düring- *Di Fabio,* Art. 2 Rn. 229.

Eine absolute Grenze findet die Wirksamkeit des Verzichts auf Grundrechte im sog. „Menschenwürdekern“, der Eingriffen Dritter auch auf der Grundlage einer Einwilligung entzogen ist.[165]

Die Freiwilligkeit einer Einwilligung ist gegeben, wenn eine Entscheidung nicht unter Druck oder in einer Zwangslage getroffen wird. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 18.8.1981 ausgeführt, der die Zustimmung eines Beschuldigten zum Einsatz eines Lügendetektors zum Gegenstand hatte.

> „An der Unzulässigkeit einer derartigen Beweiserhebung ändert auch die Einwilligung des Beschwerdeführers nichts. Selbst wenn man es als erlaubt ansehen würde, dem Beschwerdeführer die Dispositionsmacht über die in Frage stehenden Rechte einzuräumen, scheidet eine wirksame Einwilligung aus. Eines Schutzes gegen staatliche Eingriffe bedarf nur derjenige nicht, der wählen kann (...). Diese Freiheit hat der von empfindlichen Freiheitsstrafen bedrohte Angeklagte tatsächlich nicht, dem sich die Untersuchung durch einen „Lügendetektor“ als eine günstige Gelegenheit darstellen muß, die er nicht ausschlagen darf (...).“[166]

Diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts zur freiwilligen Einwilligung ähnelt dem hier zu bewertenden Sachverhalt strukturell. Die Situation von Berufsathleten ist schon aufgrund der Monopolstellung ihrer Verbände durch ein hohes Maß an Abhängigkeit gekennzeichnet. Sind Athleten auf die Ausübung des Sportberufs aus wirtschaftlichen Gründen angewiesen, beeinträchtigt dies ihre freie Entscheidung bezüglich der Preisgabe von persönlichen Daten für ein Anti-Doping-Programm ebenso wie den Handlungsspielraum eines Beschuldigten, der hofft, durch die Preisgabe von Grundrechten die Reduzierung einer drohenden Strafe erreichen zu können. Echte Freiwilligkeit im Sinne von Entscheidungsfreiheit scheidet in beiden Fällen aufgrund der bestehenden Drucksituation aus.

---

164 *Bundesarbeitsgericht* vom 16.9.1982, EzA § 123 BGB Nr. 22; Kasseler Hdb.-*Striegan*, 2.10, Rn. 101.

165 ErfK/*Dieterich*, Art. 2 GG Rn. 55 sowie allgemein *Robbers*, JuS 1985, 925 (929); *Hillgruber*, S. 38.

166 *Bundesverfassungsgericht* vom 18.8.1981, NJW 1982, 375, II 1 der Gründe.

Eine wirksame Einwilligung setzt zudem voraus, dass sie auf Basis ausreichender Kenntnis der Sachlage und der Konsequenzen des eigenen Handelns erfolgt. Diese Anforderungen stehen beispielsweise einem pauschalen und zeitlich unbefristeten Verzicht auf die Wahrnehmung von Grundrechten entgegen.[167]

Weiterhin müssen Umfang und Ausmaß der mit der Einwilligung legitimierten Maßnahme konkret festgelegt sein und die Durchführung muss billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) entsprechen, d.h., sie muss als Ergebnis einer ausgewogenen Interessenabwägung erforderlich und verhältnismäßig sein.[168]

Für die Freiwilligkeit einer Einwilligung können in diesem Zusammenhang Details wie die echte Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs oder das Bestehen von Handlungs- oder Entscheidungsalternativen sprechen.[169]

Ist Freiwilligkeit in diesem Sinn positiv festzustellen, bestimmen sich die formalen Anforderungen an eine Einwilligung im Übrigen nach allgemeinen schuld- wie arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Sie kann entweder vorab durch eine grundsätzliche Vereinbarung oder im konkreten Einzelfall erfolgen. Eine entsprechende Erklärung ist konkludent möglich.[170]

Erfolgt die Zustimmung etwa vorab in einem Arbeitsvertrag, ist der Regelungsspielraum der beteiligten Parteien mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer in der Praxis eng begrenzt, da Blankoermächtigungen weitgehende Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Positionen der Beschäftigten nicht legitimieren können.[171] Wird eine entsprechende Einwilligung von Beschäftigten bereits vor oder unmittelbar mit dem Vertragsschluss verlangt, sind Zweifel an der Freiwilligkeit berechtigt. Wird nämlich eine vom Arbeitgeber in der Phase der Vertragsanbahnung gefor-

---

167 ErfK/*Dieterich*, a.a.O. Rn. 65; Kasseler Hdb.-*Striegan*, 2.10, Rn. 112; *Däubler*, Rn. 161 ff..
168 Münch.Hdb.-*Blomeyer*, § 53 Rn. 34; Kittner/Zwanziger-Becker, § 73 Rn. 56.
169 Vgl. ErfK/*Dieterich*, Einl. GG Rn. 65.
170 Münch.Hdb.-*Blomeyer*, § 53 Rn. 34; Schaub-*Linck*, § 55 Rn. 25.
171 Ausdrücklich ErfK/*Dieterich*, Art. 2 GG Rn. 55; vgl. auch Münch.Hdb.-*Blomeyer*, § 53 Rn. 39.

derte Einwilligung verweigert, scheitert hieran in der Praxis der Abschluss des entsprechenden Vertragsverhältnisses.[172] Die damit festzustellende Vertragsdisparität steht dem Vorliegen der Freiwilligkeit einer Einwilligung offenkundig entgegen. Entsprechendes gilt für andere Schuldverhältnisse.

Eine Einwilligung könnte in derartigen Fällen nur als freiwillig qualifiziert werden, wenn vom Arbeitgeber bzw. außerhalb des Arbeitsverhältnisses von einem Vertragspartner bei Vertragsabschluss glaubhaft echte Wahlmöglichkeiten eingeräumt würden.[173] Dies wäre der Fall, wenn der Abschluss eines Vertrags ausdrücklich nicht an die Erteilung einer Einwilligung gekoppelt wird und wenn Wahlmöglichkeiten bestehen.

Die Nachweispflicht, dass die getroffene Regelung erforderlich und verhältnismäßig ist, obliegt der Vertragspartei, die Rechte aus ihr herleiten will und sich auf die Einwilligung beruft.[174] Kann im Einzelfall insbesondere der Nachweis nicht erbracht werden, dass eine entsprechende Vertragsklausel erforderlich und verhältnismäßig ist und dass hierdurch schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht verletzt werden, ist sie aufgrund der fehlenden Freiwilligkeit entsprechend § 134 BGB unwirksam.[175]

Bezieht man diese verfassungsrechtlichen Vorgaben auf den hier zu bewertenden Sachverhalt, ist zunächst einmal festzustellen, dass für die Athleten nach dem vorliegenden Anti-Doping-Kontrollkonzept ausdrücklich gerade keine Wahlmöglichkeiten bestehen. Unterwerfen sie sich den Kontrollvorgaben in allen ihren Ausprägungen nicht, führt dies zum Wegfall der Teilnahmerechte an Veranstaltungen und damit faktisch zum Ende ihrer Berufstätigkeit als Sportler. Dies spricht aufgrund der tatsächlich

---

172 So ausdrücklich bezüglich der Zustimmung zu Drogentests *Diller/Powietzka*, NZA 2001, 1227 (1232).

173 Ähnlich *Biegel*, a.a.O., S. 42 f.

174 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 15.5.1991, NZA 1992, 42 unter III der Gründe; ähnlich Münch.Hdb.-*Blomeyer*, § 97 Rn. 9.

175 Vgl. *Däubler*, Rn. 161.

bestehenden Alternativlosigkeit gegen das auch nur ansatzweise Vorliegen einer durch Entscheidungsspielräume geprägten Freiwilligkeit.

Hinzu kommt, dass die geforderten Einwilligungen, soweit sie sich etwa auf die Sichtkontrollen bei der Urinabgabe beziehen, als gemäß § 138 BGB sittenwidrig zu qualifizieren sind und sich damit einer vertraglichen Vereinbarung verschließen. Weder ein Arbeitgeber noch andere Auftraggeber können von ihren Beschäftigten ein „sittenwidriges Handeln auf freiwilliger Basis“ verlangen.

Ähnlich kritisch sind andere Komponenten des Anti-Dopingsystems zu bewerten. So greift etwa eine Totalkontrolle in der Zeit von 6.00 bis 23.00 Uhr und die sich hiermit verbindende Anforderung, Athleten jederzeit in der privaten Wohnung aufsuchen zu können, unzulässig in den absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung der Intimsphäre ein. Der Zwang zur Freigabe von individuellen Gesundheitsdaten gegenüber der Öffentlichkeit verletzt durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrechte ebenso in nicht akzeptabler Weise wie die sich aus den NADA-Regeln ergebende Selbstbelastung (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.b.ii.).

Die vorstehenden Feststellungen gelten insbesondere bezogen auf Athleten, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Verein stehen. Für Arbeitgeber sind Eingriffe in Grundrechte ihrer Arbeitnehmer nur im Ergebnis einer Interessenabwägung zulässig (vgl. Kapitel III). Soweit es sich um Kerntatbestände von Grundrechten handelt, müssen Interessen von Arbeitgebern im Ergebnis dieser Interessenabwägung hinter den Rechten der Arbeitnehmer zurückstehen. Entsprechendes gilt im Rahmen anderer Schuldverhältnisse, da auch die Grundrechte der hiervon betroffenen Athleten zu schützen sind.

Insgesamt bestehen damit aus verfassungsrechtlicher Sicht grundlegende Zweifel daran, dass die von Athleten verlangte weitgehende Einwilligungserklärung freiwillig erteilt wird. Bezogen auf Eingriffe in den Menschenwürdekern bzw. auf sittenwidrige

Handlungen ist auch eine freiwillige Erteilung wirksamer Einwilligungen ausgeschlossen.

b) Datenschutzrechtliche Freiwilligkeit

Die vorstehend dargelegten Anforderungen an die Freiwilligkeit von Einwilligungen entsprechen strukturell den Vorgaben, die im datenschutzrechtlichen Kontext gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG bestehen. Die Regelung berücksichtigt die Voraussetzungen von Art. 2 Buchstabe (h) EG-Datenschutzrichtlinie, wonach die Einwilligung ohne Zwang erfolgen muss, um Wirksamkeit zu entfalten[176].

Einwilligungen sind als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand nur geeignet, wenn sich Personen nicht in einer Situation befinden, durch die sie faktisch gezwungen werden, sich mit dem Zugriff auf ihre Daten einverstanden zu erklären.[177] Eine freiwillige Einwilligung setzt voraus, dass die Folgen einer Einwilligung für die Personen, die sie erteilen sollen, zu übersehen sind.[178]

Ob eine Einwilligung tatsächlich freiwillig abgegeben wurde, ist ggf. durch Auslegung gemäß der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.[179] Ist der Nachweis nicht zu erbringen und gibt es keine andere Rechtsgrundlage, ist der Umgang mit personenbezogenen Daten der Betroffenen unzulässig.

Zweifel an der Freiwilligkeit von Einwilligungen bestehen insbesondere bezogen auf Arbeitsverhältnisse sowie auf andere Beschäftigungsverhältnisse.[180] Hier fehlt es an der notwendigen Freiwilligkeit, wenn in unangemessener Weise Druck auf die Be

---

176 Vgl. die amtliche Begründung zum BDSG 2001, BT-Drs. 14/4329, S. 33 f. zu § 4.

177 Vgl. Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 62.

178 Vgl. Amtsgericht Elsmhorn, vom 25.04.2005 (Aktz.: 49 C 54/05), RDV 05, 175; ebenso Bergmann/Möhrle/Herb § 4a Rn. 7b.

179 *Bundesarbeitsgericht* vom 16.9.1982, NJW 1984, 446 unter 3 der Gründe; ebenso Kasseler Hdb.-*Striegan*, 2.10, Rn. 101; Simitis-*Simitis*, § 4a Rn. 62 ff.

180 Ebenso hierzu statt vieler Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn. 5a; DKWW-*Däubler*, § 4a Rn. 23; *Schild/Tinnefeld*, DuD 09, 469, jeweils m.w.N.

schäftigten ausgeübt wird, um Einwilligungen zu erhalten. Keine Freiwilligkeit liegt in diesen Fällen vor, wenn sie sich auf komplexe Verarbeitungszusammenhänge bezieht und sensible Daten beinhaltet.[181] Gleiches gilt, wenn Beschäftigten für den Fall der Verweigerung vom Arbeitgeber Nachteile in Aussicht gestellt werden.[182]

Misst man den hier zu bewertenden Sachverhalt an den vorstehend skizzierten Anforderungen, wird deutlich, dass bezogen auf die im Rahmen der Anti-Dopingmaßnahmen geforderten Einwilligungen nicht von der notwendigen Freiwilligkeit auszugehen ist. Diese Feststellung leitet sich unmittelbar daraus ab, dass die Athleten nur die Wahlmöglichkeiten haben, entweder den nach den Vorgaben der NADA geforderten Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen ihrer Daten zuzustimmen oder auf eine professionelle Tätigkeit als Spitzenathlet zu verzichten. Eine Alternative, die Athleten die Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte und die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Ausübung ihres Berufs als Spitzensportler ermöglichen würde, besteht nicht. Damit unterliegen sie einem Zwang, den sowohl Art. 2 Buchstabe (h) EG-Datenschutzrichtlinie als auch § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG gerade ausschließen sollen.

Verschärft wird die Zwangssituation im Rahmen von Arbeitsverhältnissen. Das ohnehin bestehende Ungleichgewicht in den Verhandlungsmöglichkeiten verschiebt sich zu Ungunsten der Arbeitnehmer weiter, wenn Arbeitgeber unter Verweis auf Vorgaben von privatrechtlichen Verbänden und Vereinigungen Einwilligungen fordern können, die im Ergebnissen zu Eingriffen in die Privatsphäre der angestellten Athleten führen und sie zu sittenwidrigen Handlungen zwingen. Entsprechende Anforderungen entziehen sich dem Rahmen dessen, was Arbeitgebern ansonsten vom Recht und von der Rechtsprechung zugestanden wird.

Die mit Anti-Dopingmaßnahmen zusammenhängenden umfassenden Meldeverpflichtungen sowie einschlägige Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen kön-

---

181 Vgl. *Weichert*, DuD 02, 139.

182 Vgl. DKWW-*Däubler*, § 4a Rn. 26.

nen aufgrund des Fehlens der erforderlichen Freiwilligkeit in der Erklärung der Athleten nicht auf § 4 Abs. 1 letzter Halbsatz BDSG i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG gestützt werden. Insbesondere die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Aufenthaltsdaten sowie von Gesundheitsdaten durch Arbeitgeber der Basketball-Athleten sowie durch Anti-Doping-Organisationen wie insbesondere die NADA ist ohne Rechtsgrundlage. Da es an einer gesetzlichen Erlaubnisnorm oder einer anderen Rechtsnorm fehlt, sind bereits vorhandene Daten gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSDG unverzüglich zu löschen.

c) Einwilligungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen

Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle bewertet werden, ob die von den Vereinen bzw. von der NADA verwendeten Einwilligungserklärungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam sind. Da die datenschutzrechtliche Unwirksamkeit der Einwilligungen gemäß § 4a Abs. 1 BDSG bereits festgestellt wurde, beschränkt sich die folgende Darstellung auf die Prüfung der gesetzlichen Grundlagen.

Die zu Beginn dieses Kapitels in Abschnitt a) aufgeführten Einwilligungsvarianten werden von Vereinen oder Verbänden als Standard vorformuliert und Athleten zur Unterzeichnung vorgelegt. Damit erfüllen sie die Voraussetzungen gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB für das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Wirksamkeit von Klauseln, mit denen Vertragspartner ihre Einwilligung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten erklären, bestimmt sich damit nach den spezifischen Regelungen in den §§ 305 ff. BGB. Bezogen auf Arbeitnehmer kommen diese Regelungen aufgrund ihrer Verbrauchereigenschaft gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 13 BGB auch zur Anwendung, wenn sie zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten ausgehandelt werden.

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB unabhängig davon vor, ob sie ein äußerlich gesonderter Bestandteil eines Vertrags sind oder ob sie in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden. Umfang, Schriftart oder Form sind für eine Qualifikation als Allgemeine Geschäftsbedingung unerheblich. Überraschende oder mehrdeutige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

werden nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil. Die Unwirksamkeit von Allgemeinen Vertragsbedingungen oder deren nicht oder nur teilweise erfolgte Einbeziehung lassen einen Vertrag selbst gemäß § 306 Abs. 1 BGB unberührt. Gibt es Zweifel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so gehen diese nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders.

Vorgaben zur Inhaltskontrolle enthält § 307 Abs. 1 BGB. Nach Satz 1 dieser Regelung sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie Vertragspartner der Verwender entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB legt fest, dass sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Bezogen auf ein Arbeitsverhältnis hat das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 27.7.05 zur Auslegung von § 307 BGB ausgeführt:[183]

> „Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenswerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird *(*BGH 14. Januar 1987 - IVa ZR 130/85 - NJW 1987, 2431*; 3. November 1999 -* VIII ZR 269/98 - BGHZ 143, 104*; 4. Juli 1997 -* V ZR 405/96 - NJW 1997, 3022*;* BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 *- AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1, zu B III 2 der Gründe)* . Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus. Es bedarf einer umfassenden Würdigung der beiderseitigen Positionen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Bei der Beurteilung der Unangemessenheit ist ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen *(*BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - *aaO).* (…).“

Eine unangemessene Benachteiligung liegt somit vor, wenn eine Interessenabwägung zu dem Ergebnis führt, dass rechtlich anerkannte Interessen der Arbeitnehmer über-

---

183 *Bundesarbeitsgericht* vom 27.7.05 (Aktz.: 7 AZR 486/04), NZA 06, 40

wiegen. Dies ist bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt insbesondere bezüglich der zu schützenden Persönlichkeitsrechte der betroffenen Athleten der Fall. Betrifft eine Einwilligung den verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich von Beschäftigten unverhältnismäßig oder unzulässig, entsteht ihnen hierdurch ein Nachteil, der gerechtfertigte Interessen von Arbeitgebern bzw. Vertragspartnern überwiegt. Dieser Feststellung kann insbesondere nicht erfolgreich entgegen gehalten werden, dass die Rechtseinbußen auf Seiten der Beschäftigten durch die Bezahlung aufgewogen werden. Die Zahlungspflicht von Arbeitgebern resultiert allgemein aus dem Arbeitsvertrag (§ 611 BGB) und nicht daraus, dass Beschäftigte ihnen Eingriffe in Persönlichkeitsrechte ermöglichen.

Hinweise dazu, wann eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB gegeben ist, finden sich in Abs. 2 der Regelung. Ein Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Abs. 2 Nr. 1) oder wenn die Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Abs. 2 Nr. 2). Durch die Regelung in § 307 Abs. 2 BGB wird der grundsätzliche Rechtsgedanke von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB konkretisiert. Liegen die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 BGB vor, wird eine unangemessene Benachteiligung vermutet.[184]

Mit Blick auf die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmende Interessenabwägung scheitert beispielsweise eine vollständige Befreiung eines Betriebsarztes von seiner Schweigepflicht mittels standardisierter Erklärung. Dagegen lässt sich die Überlegung ins Feld führen, dass das Interesse von Arbeitgebern, nur gesundheitlich geeignete Beschäftigte einsetzen zu wollen, zwar die grundsätzliche Kenntnis der gesundheitli-

---

184 Vgl. *Bundesarbeitsgericht* vom 27.7.05, a.a.O.

chen Eignung rechtfertigt, nicht aber detaillierte Informationen über den allgemeinen Gesundheitszustand.[185]

Auch an der Zulässigkeit der Regelungen in § 2 Nr. 5 der BBL-Spielerarbeitsverträge, die eine pauschale Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht enthält, gibt es insoweit grundlegende Zweifel. Die umfassende Freistellung der Ärzte benachteiligt die betroffenen Spieler unangemessen und ist gemäß § 207 Abs. 1 BGB unwirksam.

Eine Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB ist gegeben, wenn durch eine standardisierte Einwilligungserklärung verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrechte unangemessen beeinträchtigt oder verletzt werden. Das dies bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt der Fall ist, wurde bereits aufgezeigt (vgl. Kapitel II Abschnitt 2.d). Die identifizierten Defizite sind mit wesentlichen verfassungsrechtlichen Grundgedanken nicht zu vereinbaren und damit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 BGB unwirksam. Entsprechendes gilt bezüglich der fehlenden datenschutzrechtlichen Erlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG sowie hinsichtlich des Fehlens einer freiwilligen Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 BDSG. Auch hierbei handelt es sich um Abweichungen von wesentlichen Grundgedanken der einschlägigen Rechtsvorschriften.

Pauschale Einwilligungserklärungen verstoßen gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.[186] Eine Regelung, die „klar und verständlich“ i.S.v. Satz 2 ist, muss es Einwilligenden ermöglichen, absehen zu können, welchen Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen von Daten sie zustimmen.[187] Dies beinhaltet eine eindeutige und nachvollziehbare Festlegung der angestrebten Zwecke, die bezüglich der hier zu bewertenden Einwilligungserklärungen ebenfalls nicht gegeben ist.

---

185 Ähnlich DKWW-*Däubler*, § 4a Rn. 34b.

186 Vgl. Oberlandesgericht *Hamburg* vom 4.3.09 (Aktz.: 5 U 260/08), RDV 2009, 178

187 Ebenso DKWW-*Däubler*, § 4a Rn. 33.

Schon diese Beispiele verdeutlichen, dass die geprüften Einwilligungserklärungen aufgrund der festzustellenden unangemessenen Benachteiligung der Athleten und der mangelnden Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sind. Rechtsansprüche lassen sich für die Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus diesen Einwilligungen aufgrund dieser Unwirksamkeit nicht ableiten.

5. Zwischenergebnis

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten kann bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt datenschutzrechtlich nicht auf Einwilligungs- oder Einverständniserklärungen gestützt werden, die sich im Muster des Spielerarbeitsvertrags oder im Antrag auf Teilnahmeberechtigung des DBB finden. Keine dieser Erklärungen bzw. „Einwilligungen“ oder „Einverständniserklärungen“ erfüllt die gesetzlichen Anforderungen an eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 4a Abs. 1 BDSG.

Die geprüften Formulierungen werden bereits der nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG notwendigen Festlegung des Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungszwecks nicht gerecht. Auch ein Hinweis auf die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung fehlt. Nicht eingehalten werden weiterhin die formalen Anforderungen des § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG. Insbesondere ist die notwendige Hervorhebung der Einwilligungen in den verwendeten Standardverträgen nicht gegeben.

Ein grundlegendes Manko ist das Fehlen der gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG notwendigen Freiwilligkeit der Einwilligung. Diese ist schon mangels Handelsalternativen nicht gegeben. Verweigern Athleten ihre Mitwirkung an den vorgegebenen „freiwilligen“ Kontrollmaßnahmen ganz oder auch nur teilweise, führt dies praktisch zum sofortigen Ende ihrer Berufstätigkeit als Sportler. Diese Situation steht dem Vorliegen der Freiwilligkeit entgegen.

Hinzu kommt, dass Einwilligungen, die anderen Personen sittenwidrige Handlungen ermöglichen wie etwa das Zuschauen bei Urinieren nebst der Befugnis, hierbei das vorherige Ablegen weiterer Kleidungsstücke verlangen zu können, aus verfassungsrechtlicher Sicht als generell unzulässig zu bewerten sind. Entsprechendes gilt für Einwilligungen, durch die Eingriffe in den umfassend geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zugelassen werden.

Besonders deutlich ist das Fehlen wirksamer Einwilligungen bezogen auf die Athleten, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Basketballverein stehen. Die von ihren Arbeitgebern bezüglich der Doping-Kontrollmaßnahmen geforderte Einwilligung geht schon deshalb über das Maß des im Arbeitsverhältnis zulässigen hinaus, weil es den Privatbereich uneingeschränkt einbezieht. Außerhalb jeder arbeitsrechtlichen Üblichkeit und Zulässigkeit steht das Verlangen, in eine Form von Urin-Kontrollen einzuwilligen, die den Intimbereich betrifft und als sittenwidrig zu qualifizieren ist. Entsprechende Forderungen von Arbeitgebern sind unzulässig, in jedem Fall aber nicht geeignet, datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände zu schaffen.

Die Unwirksamkeit der erteilten Einwilligungen leitet sich schließlich unmittelbar aus einer Prüfung ab, die die zivilrechtlichen Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den §§ 305 ff. BGB zum Maßstab hat.

V. Datenübermittlungen

Die vorstehende Untersuchung führt insgesamt zu der Erkenntnis, dass für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung spezifischer Daten der Athleten zu Anti-Dopingzwecken auf der Grundlage des WADA/NADA-Konzepts keine datenschutzrechtliche Grundlage gemäß § 4 Abs. 1 BDSG besteht. Evtl. vorhandene Daten sind gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG von den verantwortlichen Stellen zu löschen. Von Athleten kann insbesondere nicht verlangt werden, weiter Informationen in das System ADAMS einzugeben.

Vor diesem Hintergrund dienen die folgenden Ausführungen zur Zulässigkeit von Datenübermittlungen an Auftragnehmer und Dritte nur der Vollständigkeit. Da umfassende Information bezüglich der rechtlichen Grundlagen nicht vorliegen, die bezüglich der Datenübermittlung der Athleten zwischen Vereinen, Verbänden sowie NADA, ADO und WADA bestehen, beschränkt sich die Darstellung auf grundlegende Aussagen zur Zulässigkeit.

1. Auftragsdatenverarbeitung

Die Rechtskonformität der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten müssen die verantwortlichen Stellen sicherstellen. Nach der Definition in § 3 Abs. 7 BDSG sind verantwortliche Stellen alle Personen oder Stellen, die personenbezogene Daten für sich selbst erheben, verarbeiten oder nutzen oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lassen.

Nach dem zu bewertenden Sachverhalt sind die Vereine als Vertragspartner der Athleten verantwortliche Stellen i.S.v. § 3 Abs. 7 BDSG. Weiterhin werden der DBB sowie die BBL GmbH im Rahmen der Lizenzvergabe ebenfalls zu verantwortlichen Stellen gemäß § 3 Abs. 7 BDSG. Im Verhältnis zueinander sind diese verantwortlichen Stellen deshalb Dritte gemäß § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG. Eine Datenübermittlung zwischen die-

sen Stellen bedarf deshalb einer spezifischen datenschutzrechtlichen Grundlage. Diese kann durch einen Auftrag gemäß § 11 BDSG geschaffen werden.

Erfolgt eine Beauftragung auf der Grundlage von § 11 BDSG, bleibt der Auftraggeber gemäß Abs. 1 Satz dieser Vorschrift weiter für die Einhaltung einschlägiger Datenschutzvorschriften verantwortlich. Nach § 11 Abs. 2 BDSG ist ein Auftragnehmer unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen. Der Auftrag ist schriftlich zu erteilen. Im Auftrag müssen die in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 10 BDSG genannten Detailthemen berücksichtigt werden.

Werden Daten gemäß § 11 BDSG von anderen Stellen im Auftrag verarbeitet, sind diese gegenüber der eigentlichen verantwortlichen Stelle gemäß § 3 Abs. 8 Satz 3 letzter Halbsatz BDSG nicht Dritte, sondern eine Art „verlängerte digitale Werkbank" des Auftraggebers. Das Auftragsverhältnis nach § 11 BDSG räumt Auftragnehmern keine eigenständigen Verarbeitungs- und Nutzungsbefugnisse ein. § 11 Abs. 3 BDSG gibt insbesondere vor, dass ein Auftragnehmer die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen dar. Auftragnehmer üben gegenüber ihrem Auftraggeber somit regelmäßig nur Hilfsfunktionen aus.[188]

Informationen dazu, ob zwischen den Vereinen, dem DBB und der BBL GmbH sowie mit der NADA, der WADA oder den anderen ADO Aufträge gemäß § 11 BDSG abgeschlossen worden sind, liegen für diese gutachterliche Bewertung nicht vor. Soweit sie im Einzelfall bestehen würden, könnten sie den Auftragnehmern aber aus datenschutzrechtlicher Sicht weder eigenständige Erhebungs-, Verarbeitungs- oder Nutzungsbefugnisse einräumen noch über die Berechtigungen hinausgehen, die die verantwortlichen Stellen selber haben. Aufgrund des bei Vereinen bzw. Verbänden als verantwortlichen Stellen festgestellten Fehlens einer datenschutzrechtlichen Berechtigung für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten aus der verfassungs-

---

[188] Vgl. Simitis-*Petri*, § 11 Rn. 22.

rechtlich geschützten Privat- und Intimsphäre sowie zur Gesundheit der Arbeitnehmer können hinsichtlich der damit ohne gesetzliche Legitimation erhobenen Daten auch keine Aufträge gemäß § 11 BDSG an andere Stellen vergeben werden.

2. Funktionsübertragung

Soll ein Auftragnehmer nicht nur Hilfsfunktionen ausüben, sondern Aufgaben weisungsunabhängig und eigenständig durchführen, liegt kein Auftragsverhältnis gemäß § 11 BDSG vor, sondern eine sog. Funktionsübertragung. Im Rahmen einer Funktionsübertragung ist ein Auftragnehmer Dritter gemäß § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG. Die Übermittlung der Daten von der verantwortlichen Stelle, die Vertragspartner der Betroffenen ist, an Auftragnehmer bedarf einer datenschutzrechtlichen Erlaubnis i.S.v. § 4a Abs. 1 BDSG.

Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung bei Auftragnehmern bestimmt sich bei einer Funktionsübertragung nach den Erlaubnisvorgaben des § 28 Abs. 1 BDSG. Es gelten die gleichen Grundsätze wie gegenüber der verantwortlichen Stelle, die als Vertragspartner der Betroffenen den Auftrag vergibt (vgl. Kapitel II). Die Zulässigkeit notwendiger Übermittlungen von der verantwortlichen Stelle an Auftragnehmer wäre datenschutzrechtlich nur legitimiert, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass entgegenstehende schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG) bzw. im Falle der Übermittlung zu anderen Zwecken, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass Betroffene ein Interesse am Ausschluss der Übermittlung und Nutzung haben (§ 28 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 BDSG).

Bezogen auf den hier zu bewertenden Sachverhalt leitet sich bereits aus dem Fehlen einer datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm zugunsten der unmittelbaren Vertragspartner der Athleten die Feststellung ab, dass eine Funktionsübertragung unzulässig ist. Auftragnehmern sind im Rahmen einer Funktionsübertragung dieselben datenschutzrechtlichen Bedenken entgegenzuhalten wie den direkten Vertragspartnern der Athleten selbst. Die im Rahmen einer Interessenabwägung zu beachtenden schutz-

würdigen Interessen der Athleten überwiegen bestehende berechtigte Interessen der verantwortlichen Stellen (vgl. Kapitel II).

Die Datenübermittlung an Auftragnehmer gemäß § 11 BDSG oder im Rahmen von Funktionsübertragungen an andere Auftragnehmer für Anti-Dopingmaßnahmen ist damit aus datenschutzrechtlicher Sicht unzulässig. Diese Feststellung gilt sowohl im nationalen wie auch im internationalen Rahmen. Auf die allgemeine Bewertung der Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten wird vor diesem Hintergrund verzichtet.

3. Zwischenergebnis

Aus den diesem Gutachten zugrunde liegenden Informationen lässt sich nicht entnehmen, dass es zwischen den verantwortlichen Stellen, die an Anti-Dopingmaßnahmen nach den Vorgaben der NADA bzw. der WADA beteiligt sind, Aufträge auf der Grundlage von § 11 BDSG gibt. Entsprechendes gilt für vergleichbare Vereinbarungen wie etwa durch sog. „EU-Standardverträge“.[189]. Das Fehlen von Auftragsverhältnissen steht einer Datenübermittlung zwischen den genannten Stellen sowie anderen Formen der Verarbeitung oder Nutzung entgegen.

Datenschutzrechtlich unzulässig sind auch denkbare Varianten der Funktionsübertragung. Diese scheitern an den überwiegenden schutzwürdigen Interessen der Athleten gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG.

Im Ergebnis ist damit insbesondere der Zugriff der NADA oder anderer ADO auf die in der Datenbank ADAMS gespeicherten Daten unzulässig.

---

189 Vgl. „Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Auftragsverarbeiter in Drittländern nach der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.2.10“ (Amtsblatt Nr. L 039 vom 12.2. 10, S. 0005 – 0018 (eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:039:0005:01:DE:HTML).

VI. Ergebnisse

Die beiden Ausgangsfragen lassen sich auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen zusammenfassend mit den folgenden Worten beantworten:

Frage 1: Es soll bewertet werden, ob das im Tätigkeitsbereich der NADA bezogen auf die von SP.IN vertretenen Athleten praktizierte Melde- und Testverfahren aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig ist.

Das im Tätigkeitsbereich der NADA praktizierte Melde- und Testverfahren ist aus datenschutzrechtlicher Sicht unzulässig. Dies folgt aus dem Fehlen einer wirksamen datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm gemäß § 4 Abs. 1 BDSG.

Bestehen rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zwischen Athleten und ihren Vereinen bzw. dem DBB oder der BBL, scheitert eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten im Rahmen des NADA-Anti-Dopingkonzepts daran, dass durch diese Vorschrift nur eine Datenerhebung-, verarbeitung und –nutzung für eigene Zwecke legitimiert wird, nicht aber die die Übermittlung der Daten an andere Stellen. Der Berechtigung, Übermittlungen an die NADA oder andere ADO gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG mit der Berufung auf berechtigte Interessen legitimieren zu können, stehen überwiegende schutzwürdige Interessen der Athleten gegenüber, die insbesondere aus verfassungsrechtlichen Überlegungen folgen.

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten im Rahmen der Melde- und Testverfahren kann auch nicht durch individuelle Einwilligungen der Athleten legitimiert werden, da diese aufgrund fehlender Alternativen und der weitgehenden Konsequenzen in Fall einer Verweigerung nicht freiwillig i.S.v. § 4a Abs. 1 BDSG und damit unwirksam sind.

Bezogen auf einzelne Bestandteile des Melde- oder Testverfahrens ist festzustellen, dass diese aufgrund ihrer nicht verfassungsgemäßen Vorgaben und Verpflichtungen

aus datenschutzrechtlicher Sicht als absolut unzulässig zu qualifizieren sind. Diese Feststellung gilt insbesondere bezüglich der stundengenauen Meldepflichten und der weltweiten Zugriffsmöglichkeiten auf das System ADAMS.

Frage 2: **Soweit betroffene Sportler Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind, soll untersucht werden, ob die praktizierten Melde- und Testverfahren mit den allgemeinen Grundsätzen des sog. „Arbeitnehmer- oder Beschäftigtendatenschutzes“ im Einklang stehen.**

Die von der NADA vorgegebenen Melde- und Testverfahren gehen in ihren Konsequenzen und Anforderungen weit über das Maß der Kontrollen hinaus, zu deren Durchführung Arbeitgeber im Rahmen von Arbeitsverträgen berechtigt sind. Umfassende Meldepflichten, die auch den Privatbereich einbeziehen, sind beispielsweise als Form der Totalkontrolle arbeitsrechtlich nicht legitimiert. Arbeitgebern ist es weiterhin arbeits- und datenschutzrechtlich verwehrt, Kenntnis von Gesundheitsdaten zu verlangen.

Die Melde- und Testvorgaben, die sich aus den untersuchten Regelungen der NADA und des DBB ableiten, sind zu großen Teilen auf der Grundlage von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG nicht als erforderlich zu qualifizieren. Die Anwendung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG scheitert daran, dass diese Regelung nur für Straftaten während der Arbeitszeit und gegen den Arbeitgeber zur Anwendung kommt, nicht aber für Taten in der Freizeit. Für ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung fehlt eine datenschutzrechtliche Grundlage.

Dieses Defizit kann nicht durch Einwilligungen der Beschäftigten ausgeglichen werden, da diese wegen des Fehlens der gemäß § 4a Abs. 1 BDSG notwendige Freiwilligkeit nicht rechtswirksam erteilt werden können.

VII. Schlussbemerkung

Das für Athleten in der Bundesrepublik Deutschland durch die NADA vorgegebene Melde- und Testverfahren erfolgt nach den vorstehenden Feststellungen bezüglich der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten praktisch durchgängig ohne die notwendige datenschutzrechtliche Legitimation. Die Verwendung der Athletendaten im Rahmen des NADA-Kontrollkonzepts findet statt, ohne dass notwendige datenschutzrechtliche Erlaubnisnormen oder –tatbestände vorliegen.

Die Melde- und Testverfahren sind somit aus datenschutzrechtlicher Sicht unzulässig. Werden die sich hierauf beziehenden Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen personenbezogener Daten durchgeführt, verbinden sie sich mit Rechtsverstößen, die in ihrer Eingriffstiefe weit über die meisten „Datenschutzskandale" aus den letzten Jahren hinaus gehen. Es überrascht vor diesem Hintergrund, dass die zuständigen staatlichen Aufsichts- und Ermittlungsbehörden in diesem Bereich untätig bleiben.

Die vorstehende Aussage darf nicht mit der Feststellung gleichgesetzt werden, dass Anti-Dopingmaßnahmen aus datenschutzrechtlichen Gründen in jedem Fall nicht mehr möglich sind und dass damit dem Missbrauch einschlägiger Mittel Tor und Tür geöffnet ist. Es steht im Gegenteil außer Frage, dass unzulässigen Dopingmaßnahmen Grenzen gesetzt werden müssen und dass hierfür auch individuelle Kontrollen unumgänglich sind.

Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber dringend aufgefordert, den normativen Rahmen für den sinnvollen Kampf gegen unzulässiges Doping im Sport durch die Schaffung von Regelungen zu setzen, die datenschutzkonform sind und die Rechte der Athleten angemessen und verfassungskonform wahren. Wenn er spezifische

verfassungskonforme Rechtsgrundlagen schafft, kann hierdurch die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Athletendaten legitimiert werden.

Eppstein, den 5. September 2011

Prof. Dr. Peter Wedde

VIII. Abkürzungen

ADAMS	Anti-Doping Administration & Management System
ADC	Anti-Doping-Code (ADC) des Deutschen Basketball Bundes e. V.
ADO	Anti-Doping-Organisation/en
AG	Amtsgericht
Aktz.	Aktenzeichen
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
BBL	Basketball Bundesliga GmbH
BBL-Spielordnung	Spielordnung der Beko Basketball- Bundesliga
BBL-Lizenzstatut	Beko Basketball Bundesliga Lizenzstatut für die Saison 2010 / 2011
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
d.h.	das heißt
DBB	Deutschen Basketball Bund
DCO	Von einer ADO beauftragte Personen, denen die Verantwortung für die Durchführung der Probenahme vor Ort übertragen wurde
GG	Grundgesetz
IOC	Internationales Olympisches Komitee
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz

NADA	Nationale Anti-Doping-Agentur
NADA-Standard für Datenschutz	Standard für Datenschutz der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland
NADA-Standard für Dopingkontrollen	Standard für Dopingkontrollen der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland
NADA-Standard für Meldepflichten	Standard für Meldepflichten der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland
NADC	Nationaler Anti-Doping Code
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NTP	Nationaler Testpool der NADA
o.J.	ohne Jahr
o.O.	ohne Ort
RTP	Registered Testpool der NADA
S.	Seite/Seiten
SMS	Short Message Service
StPO	Strafprozessordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
vgl.	vergleiche
WADA	World Anti-Doping-Agency

IX. Literaturverzeichnis

Bergmann/Möhrle/Herb	Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Stuttgart u.a., Loseblatt, Stand 42. Lieferung, Januar 2011.
Biegel	Überwachung von Arbeitnehmern durch technische Einrichtungen, Hamburg 2000.
Däubler	Däubler, Gläserne Belegschaften?, 5. Aufl. Frankfurt 2010.
DKWW	Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. Frankfurt 2010 (zitiert: DKWW-*Bearbeiter).*
ErfK	Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage München 2011 (zitiert: Erfk-*Bearbeiter*).
Gola/Schomerus	Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl. München 2010**.**
Gola/Wronka	Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl. Frechen 2009.
Kasseler Hdb.	Leinemann (Hrsg.), Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. Neuwied/Kriftel 2000 (zitiert: Kasseler-Hdb.-*Bearbeiter).*
Kittner/Zwanziger	Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 6. Aufl. Frankfurt 2011.
Leibholz/Rinck	Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Rechtsprechung des BVerfG , Köln, Loseblatt Stand Juli 2011.
Maunz/Dürig	Grundgesetz, 61. Aufl. München 2011, Loseblatt (zitiert: MD-*Bearbeiter*).
Münch.Hdb.	Richardi/Wlotzke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage München 2000 (zitiert: Münch.Hdb-*Bearbeiter*).
Roßnagel	Roßnagel (Hrsg.), .Datenschutzhandbuch, München 2003 (zitiert: Roßnagel-*Bearbeiter*).
Schaub	Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl. München 2009 (zitiert: Schaub-*Bearbeiter*).

Simitis	Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 7. Auflage Baden-Baden 2011 (zitiert: Simitis-*Bearbeiter*).
Schaffland/Wiltfang	Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, Berlin, Loseblatt, Stand Januar 2011.
Stern	Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik, 2. Auflage München 1984.
Taeger/Gabler	Taeger/Gabler (Hrsg.), Kommentar zum BDSG, Frankfurt 2010 (zitiert: Taeger/Gabler-*Bearbeiter*).